„Gesellschaftsähnliche Vertragsverhältnisse" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts

Eine kritische Betrachtung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

Rudolf Salomon

aus Frankfurt am Main

1935

Druck von F. W. Kalbfleisch in Gelnhausen.

Referent: Professor Dr. Franz Beyerle.

Korreferent: Privatdozent Dr. Arno Schantz.

Tag der mündlichen Prüfung: 28. September 1934.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Seite

I. Das Auftreten des Begriffs „gesellschaftsähnliche Vertragsverhältnisse" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Schrifttum.

Ein Studium der reichsgerichtlichen Rechtsprechung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts führt zu der Beobachtung, daß der Begriff eines „gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnisses" in den Entscheidungen unseres höchsten Gerichtshofs eine nicht unwesentliche Rolle spielt. In einer Fülle von Urteilen, die teils in der amtlichen Sammlung, teils in Zeitschriften veröffentlicht sind, wird dieser Begriff vom Reichsgericht verwendet, sodaß er sich allmählich zum Gegenstand einer ständigen Rechtsprechung entwickelt hat. Es drängt sich daher die Frage auf, ob die Normen des Gesellschaftsrechts eine so ergiebige Quelle der Analogie bedeuten, ob der Tatbestand des § 705 BGB. etwa so e n g gefaßt ist, daß man mit ihm gegenüber der Vielgestaltigkeit des wirklichen Lebens nicht auszukommen vermag, oder ob er vielleicht so w e i t gefaßt ist, daß die verschiedenartigsten Erscheinungsformen rechtlicher oder wirtschaftlicher Interessenverknüpfung unter ihn subsumiert werden können. Betrachtet man die Generalregister zu den Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, so kann man feststellen, daß die Registerbände von Band RG. 61 bis 70 ab, d. h. seit dem Jahre 1910, unter der Abteilung „Einzelne Schuldverhältnisse" einen besonderen Abschnitt „Gesellschaftsähnliche Vertragsverhältnisse" enthalten. Auch das deutet darauf hin, daß dieser Begriff im Laufe der Zeit sich zu einem feststehenden Bestandteil der gesellschaftsrechtlichen Judikatur entwickelt hat, und daß das Reichsgericht ihn heute als eine gegebene Größe verwendet. Dabei erscheinen uns zwei weitere Beobachtungen bemerkenswert: einmal die, daß von den sämtlichen im BGB. geregelten Vertragstypen, außer bei der Gesellschaft, keinerlei sonstige atypische Vertragsformen unter der Bezeichnung der „Ähnlichkeit" Eingang in die Register gefunden haben, obwohl doch z. B. Rechtsverhältnisse, die man als „dienstvertragsähnlich" oder als „bürgschaftsähnlich" bezeichnen könnte, und die vom Reichsgericht auch tatsächlich so bezeichnet werden, uns nicht selten begegnen; und ferner, daß die Register gleichzeitig mit den „Gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnissen", also ebenfalls von Band RG. 61 bis 70 ab, eine Gruppe „Unbenannte Verträge nach dem BGB." zu enthalten beginnen, wobei noch besonders erwähnt sei, daß einzelne Entscheidungen[1]) sowohl unter „gesellschaftsähnlich" als auch unter „unbenannt" aufgeführt werden.

Wenn das Reichsgericht mit einem Begriffe so häufig arbeitet, wie es im vorliegenden Falle bis in die jüngste Zeit hinein geschehen ist[2]), so glaubt man, an irgend einer Stelle eine klare Bestimmung dieses Begriffs erwarten zu sollen. Sie findet sich aber nirgends. Einige Entscheidungen enthalten zwar Darlegungen darüber, was als Merkmal für den gesellschaftsähnlichen

---

[1]) RG. 65, 37; 87, 215; 88, 108.

[2]) Der letzte der in der amtlichen Sammlung erschienenen Bände (Bd. 142) bringt wiederum eine solche Entscheidung (S. 212 ff.).

Charakter des betr. Rechtsverhältnisses zu gelten habe[3]) und was nicht[4]), was ausreichend sei, um einen Tatbestand als gesellschaftsähnlich zu bezeichnen[5]), und welchen Erscheinungen gegenüber die analoge Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen versage[6]). Eine eindeutige Begriffsbestimmung der „Gesellschaftsähnlichkeit" wird aber vom Reichsgericht nicht gegeben.

Auch das Schrifttum hat sich wenig mit dieser Frage befaßt. Außer einem Aufsatze von Josef[7]), der nur eine Aufzählung teilweise ungeeigneter Fälle gesellschaftsähnlicher Rechtsverhältnisse bringt, ohne in eine dogmatische Erörterung einzutreten, gibt es noch eine Abhandlung von Silberschmidt[8]), die aber — im Jahre 1916 erschienen — gegenüber der inzwischen entwickelten Vielgestaltigkeit der einschlägigen Entscheidungen nur eine Teilbehandlung des Problems bedeutet. In neuerer Zeit haben Tschierschky[9]) und Strauß[10]) die Frage nach dem Wesen der gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisse im Anschluß an die Rechtsprechung des Kartellgerichts wieder aufgegriffen und zum Gegenstand kartellrechtlicher Erörterungen gemacht. Die Lehrbücher und Kommentare zum BGB. haben den Begriff aus der Rechtsprechung zum Teil übernommen, ohne aber zu seiner Klärung etwas Wesentliches beigetragen zu haben[11]).

Um einen Einblick in die Verschiedenartigkeit der vom Reichsgericht als „gesellschaftsähnlich" bezeichneten Rechtsverhältnisse zu vermitteln, ist es erforderlich, eine Anzahl typischer Fälle nachfolgend kurz zu schildern.

II. Einige typische Fälle aus der Rechtsprechung.

1. Schriftsteller und Verleger[12]).

Ein Autor hat ein wissenschaftliches Werk verfaßt und verabredet mit einem Verleger, es ihm bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zum Zwecke der

---

[3]) RG. 105, 315; 126, 65; 142, 212. LZ. 1914, 862 Nr. 8.
[4]) RG. 115, 358. LZ. 1912, 658. Mark. u. Wettb. XXXIII, 38 = LZ. 1933, 116 Nr. 6. Mark. u. Wettb. XXXI, 30; XXXII, 466.
[5]) RG. 122, 70; 140, 264. Mark. u. Wettb. XXXI, 441.
[6]) JW. 1929, 1291 Nr. 1; Gruch. Beitr. Bd. 51, S. 954 ff. = JW. 1907, 103 Nr. 5.
[7]) Gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse, Holdheims Monatsschrift 1917, 97 ff. u. 154 ff.
[8]) Das „gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis", Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Bd. 79, S. 465 ff.
[9]) Die Bedeutung des Abs. 3 § 1 der Kartellnotverordnung, Kartell-Rundschau 1931, 556 ff.
[10]) Autonomer Revers und Kartellrevers, Kartell-Rundschau 1933, 351 ff. u. 437 ff.
[11]) Enneccerus II, § 172, Anm. 8 geht auf den Begriff nicht näher ein, sondern will die Möglichkeiten der analogen Anwendung von Vorschriften des Gesellschaftsrechts je nach der Lage des Einzelfalls beurteilt wissen.
[12]) RG. 81, 233 = LZ. 1914, 862 Nr. 8 = JW. 1913, 445 Nr. 26; ähnliche Fälle: RG. 79, 160; 140, 264.

Drucklegung zu übergeben. Als Honorar wird eine Gewinnbeteiligung des Verfassers vereinbart, und zwar in der Weise, daß er ein Drittel des nach Abzug der Unkosten „gemäß den Büchern" des Verlags sich ergebenden Reingewinnes erhalten solle. Dabei verzichtet er auf Einsicht in die Geschäftsbücher, weil er es mit einem Unternehmen von Rang und Namen zu tun hat. Später werden die Abrechnungen des Verlags von dem Verfasser beanstandet. Im Prozeß stellt sich heraus, daß der Verleger bei der Berechnung des Gewinns nicht seine reinen Selbstkosten in Ansatz gebracht, sondern sie um einen gewissen Aufschlag erhöht hat.

Das Reichsgericht meint, ein Verhältnis, bei dem das Honorar des Verfassers durch Beteiligung am Reingewinn des Verlegers bestimmt werde, habe „einen gesellschaftsähnlichen Charakter". Es setze im Vergleich zu anderen Vertragsverhältnissen in erhöhtem Maße „persönliches Vertrauen" und die „Betätigung von Treu und Glauben" voraus. Der Verfasser habe dem Verlag gegenüber von vornherein besonderes Vertrauen dadurch bewiesen, daß er auf die Einsicht in die Geschäftsbücher ausdrücklich verzichtet habe. Er habe einen Rechtsanspruch darauf, bei der Ermittlung des Reingewinns „dem gesellschaftsähnlichen Charakter des Vertrags entsprechend" behandelt zu werden. Der Verlag sei daher verpflichtet, die Unkosten „nach seinen Büchern", d. h. so zu berechnen, wie er sie für sich selbst in Ansatz bringe.

2. Tonsetzer und Aufführungsagentur[13]).

Die Genossenschaft deutscher Tonsetzer (GDT), deren Mitgliederschaft sich aus Komponisten, Inhabern von Aufführungsrechten an nachgelassenen Werken, Musikverlegern und Textdichtern zusammensetzt, hat eine „Anstalt für musikalisches Aufführungsrecht" (AFMA) gegründet, zu dem Zwecke, die musikalischen Aufführungsrechte ihrer Mitglieder zu verwerten, unberechtigte Aufführungen zu verfolgen und den Veranstaltern musikalischer Aufführungen die durch das Urheberrechtsgesetz vorgeschriebene Aufführungsgenehmigung zu vermitteln. Durch Abschluß sogenannter „Berechtigungsverträge" übertragen die Mitglieder der GDT alle ihnen zustehenden und während der Vertragsdauer noch erwachsenden Aufführungsrechte für alle Länder für die gesamte Dauer des Urheberrechts zu ausschließlicher Verfügung auf die AFMA. Dagegen haben sie als sogenannte „Bezugsberechtigte" Anspruch auf einen Anteil an den Aufführungsgebühren. Dieser Anteil wird durch ein besonderes Einschätzungsverfahren nach Maßgabe der übertragenen Werke für jeden „Bezugsberechtigten" gesondert ermittelt. Nach Deckung der Verwaltungskosten seitens der AFMA werden vom Reingewinn 10% an die Unterstützungskasse der GDT abgeführt, während die übrigen 90% an die „Bezugsberechtigten" selbst verteilt werden, und zwar in einem bestimmten Verhältnis zwischen den Tonsetzern, Textdichtern, Verlegern bezw. deren Erben. Der „Berechtigungsvertrag" wird auf die Dauer von fünf Jahren geschlossen; bei nicht rechtzeitiger Kündigung verlängert er sich jeweils um weitere fünf Jahre. Außerdem enthält der Vertrag die Bestimmung, daß durch eine Kündigung das Rechtsverhältnis

---

13) RG. 87, 215 = LZ. 1915, 783 Nr. 11 = JW. 1915, 1352; ähnliche Fälle: Warneyer Rspr. 1920 Nr. 157 = Seuff. Arch. 75, 275 = LZ. 1920, 702 Nr. 9; RG. 78, 298 = JW. 1912, 545 = Recht 1915, Nr. 2663.

zwischen der AFMA und den „Bezugsberechtigten" in Hinsicht auf die bereits übertragenen Aufführungsrechte nicht berührt wird. Durch diese Vorschrift soll also das Kündigungsrecht für bereits übertragene Aufführungsrechte endgültig ausgeschlossen werden.

Ein erheblicher Teil der „Bezugsberechtigten" erklärt seinen Rücktritt vom Vertrag, weil die AFMA ihn fortgesetzt verletzt habe. Diese bestreitet die Zulässigkeit des Rücktritts, soweit die ihr bereits übertragenen Aufführungsrechte davon betroffen werden, unter Hinweis auf die entsprechende Bestimmung des „Berechtigungsvertrags".

Das Reichsgericht führt aus, die den „Bezugsberechtigten" zugesagte fortlaufende Gewinnbeteiligung an den Erträgnissen der Aufführungsagentur mache ein ständiges Abrechnungsverfahren notwendig, und eine gedeihliche Entwicklung sei daher nur „auf der Grundlage wechselseitigen Vertrauens" denkbar. Ein solches Vertragsverhältnis aber, das eine Gewinnbeteiligung mit vertrauensvoller Zusammenarbeit vorsehe, sei unter Berücksichtigung des Parteiwillens und des von den Vertragschließenden beabsichtigten Zweckes als ein „gesellschaftsähnliches" zu beurteilen. Infolgedessen sei auch die Vorschrift des § 723 Abs. 3 BGB. auf die „Berechtigungsverträge" anwendbar; die Bestimmung, durch die das Kündigungsrecht für die bereits übertragenen Aufführungsrechte ausgeschlossen werde, sei daher nichtig. Dies entspreche auch der Billigkeit, denn ein Autor, der aus der AFMA infolge Kündigung ausgeschieden sei, habe sich vielleicht in offenem Zerwürfnis von ihr getrennt und dürfe nicht gezwungen werden, die Verwertung des Aufführungsrechts seiner Werke, soweit er sie der AFMA bereits übertragen habe, ihr für seine ganze Lebenszeit zu überlassen, mit ihr im Abrechnungsverhältnis zu verbleiben und sich nach den von ihr aufgestellten Grundsätzen den Ertrag der Aufführungen seiner Werke anteilig zuweisen zu lassen. In derselben Lage blieben sonst auch seine Erben für die ganze Dauer des Urheberrechts. Und dabei hätten weder die „Bezugsberechtigten" selbst, noch ihre Erben den geringsten Einfluß auf die Bestimmung des Gewinnanteils. Die Nichtigkeit der besagten Kündigungsbeschränkung sei daher gemäß § 723 Abs. 3 BGB. geboten.

3. Prinzipal und Angestellter[14]).

Ein Angestellter einer Kreissägenfabrik macht eine Erfindung, durch die die Qualität der von seiner Firma hergestellten Erzeugnisse verbessert werden kann. Er überläßt die Ausbeutung dieser Erfindung seinem Prinzipal. Dieser verpflichtet sich, ihm von dem Erlös der Kreissägen, die unter Benutzung des neuen Verfahrens hergestellt werden, für die Dauer des Patentschutzes eine Lizenz zu zahlen. Der Angestellte dagegen verpflichtet sich, dem Prinzipal bei der Verwertung der Erfindung behilflich zu sein und ihm auch Zusatzerfindungen für die weitere Vervollkommnung des Verfahrens zu übertragen.

Bald darauf entsteht ein Streit: der Angestellte glaubt sich bei der Berechnung der Lizenzgebühr benachteiligt und kann von dem Prinzipal keine Abrechnungen erlangen. Darauf reut ihn die getroffene Vereinbarung, und er erklärt schließlich seinen „Rücktritt" vom Vertrag. Der Prinzipal meint,

---

[14]) JW. 1926, 2529 Nr. 4 = Seuff. Arch. 85, 5; ähnliche Fälle: RG. 105, 315 = JW. 1923, 923 = Mark. u. Wettb. XXIII, 8; JW. 1929, 645 Nr. 10; Jur. Rdsch. 1929 Nr. 747; Mark. u. Wettb. XIX, 233.

jetzt brauche er überhaupt nichts mehr zu bezahlen, denn der Angestellte sei ja vom Vertrag „zurückgetreten“ und könne deshalb nun nicht mehr auf Erfüllung klagen.

Das Reichsgericht tritt dieser Auffassung entgegen. Es sagt, ein Rücktritt nach § 326 BGB. sei hier nicht möglich, denn es könne „keinem Zweifel unterliegen“, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag „einem Gesellschaftsvertrage ähnlich“ sei. Die Parteien hätten, „von Vertrauen zueinander getragen, ihre Interessen auf längere Zeit miteinander verknüpft“, indem der Prinzipal den Angestellten zu einem bestimmten Satze am Erlös seiner Fabrikate beteiligt, dieser aber ihm tatkräftige Hilfe zugesagt habe. Es rechtfertige sich daher „die entsprechende Anwendung einzelner die Gesellschaft betreffender Vorschriften, insbesondere des die Pflicht zur Rechnungslegung begründenden § 713 BGB., aber auch des die Kündigung regelnden § 723 BGB.“. Habe die Tätigkeit der Gesellschaft (oder bei einem ihr ähnlichen Rechtsverhältnis die der Beteiligten) wie hier, bereits begonnen, so sei (nach der bekannten Rechtsprechung[15])) für eine Anwendung des § 326 BGB. gegenüber dem § 723 BGB. kein Raum. Der „Rücktritt“ des Angestellten vom Vertrag sei daher unwirksam, er könne ihn nur wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes nach § 723 BGB. kündigen. Ein wichtiger Grund aber sei in einer vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Vertragsverletzung des Prinzipals, wozu auch eine Verweigerung der Rechnungslegung gehöre, zu erblicken.

4. Brauerei und Generalvertretung[16]).

Eine Brauerei überträgt ihre „Generalvertretung“ auf längere Zeit für einen bestimmten Bezirk auf eine aus zwei Gesellschaftern bestehende OHG. Diese bezieht das Bier für eigene Rechnung, um es in dem Bezirk zu vertreiben, wogegen die Brauerei sich verpflichtet, keinen dortigen Abnehmer unmittelbar zu beliefern.

Im Verlaufe von Streitigkeiten zwischen den beiden Gesellschaftern der OHG. kommt es dahin, daß jeder von ihnen an die Brauerei einen Brief schreibt, in dem er sich über seinen Partner beschwert. Dabei behauptet der eine vom anderen, daß er „sein Vertrauen schändlich mißbraucht“, mehrere Beträge „unterschlagen“ und sich außerdem „als völlig unfähig erwiesen“ habe. Im übrigen wird der von der Brauerei erwartete Bierumsatz bei weitem nicht erzielt, und als einer ihrer Direktoren sich persönlich über die Verhältnisse unterrichten will, erfährt er, daß die Vermögenslage der OHG. sehr ungünstig ist; außerdem werden ihm die Unterschlagungen des einen Gesellschafters an Hand der Geschäftsbücher nachgewiesen.

Es liegt der Brauerei daran, sich von dem Vertrag mit der OHG. sofort zu lösen, denn jede weitere Zusammenarbeit mit ihr erweist sich in Anbetracht ihrer zerrütteten Verhältnisse als aussichtslos.

Das Reichsgericht sagt, mit der Stellung als „Generalvertreter“ habe die OHG. nicht nur ihr eigenes Interesse wahrzunehmen, sondern zugleich für den ihr zugewiesenen Bezirk auch das Interesse der Brauerei, weil diese ja ihr Bier an Dritte dort nicht absetzen dürfe. Das Vertragsverhältnis zeige

[15]) RG. 78, 303; 81, 303; 89, 334; 89, 400; Warn. Rspr. 1917, Nr. 289.
[16]) RG. 65, 37 = JW. 1907, 112; ähnlicher Fall: RG. 95, 166.

daher „eine auf längere Zeitdauer berechnete Interessenverknüpfung, wie sie sich ähnlich auch bei den Vertragsverhältnissen . . . . . der Gesellschaft" finde. Folglich sei in analoger Anwendung des § 723 BGB. die Brauerei befugt, den Vertrag, falls ein wichtiger Grund vorliege, fristlos zu kündigen. Daß aber ein solcher gegeben sei, müsse man zweifellos annehmen, denn angesichts der geschilderten Umstände bestehe keinerlei Aussicht mehr auf ein gedeihliches Zusammenwirken der beiden OHG.-Gesellschafter und auf eine Erreichung des Vertragszwecks. Eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses sei daher für die Brauerei nicht zumutbar.

5. Ausstellungsunternehmen und Gastwirt[17]).

In Leipzig wurde im Jahre 1914 eine Internationale Ausstellung veranstaltet. Die Ausstellungsleitung schloß mit einer Anzahl von Inhabern größerer Wirtschaftsbetriebe Verträge, laut denen sie einen jeweils bestimmten „Platz" „zur Errichtung und zum Betriebe von Gaststätten während der Ausstellung" vermietete. Die Wirte hatten dafür eine „feste Platzmiete" zu zahlen und außerdem Gas, Wasser und Elektrizität ausschließlich von dem Ausstellungsunternehmen zu beziehen. Darüber hinaus war ein wesentlicher Bestandteil der Vereinbarungen darin zu erblicken, daß die Wirte nicht nur, wie dies sonst bei Mietverhältnissen der Fall ist, berechtigt waren, die ermietete Sache vertragsmäßig zu gebrauchen; vielmehr waren sie laut ausdrücklicher Vertragsbestimmung verpflichtet, „den Betrieb ihres Unternehmens am Eröffnungstage der Ausstellung im vollen Umfange zu beginnen und während der ganzen Dauer der Ausstellung, also von Mai bis Oktober, aufrecht zu erhalten". Der Zweck dieser Bestimmung war der, zur ordnungsgemäßen und gedeihlichen Ausgestaltung und Durchführung der Ausstellung einen zuverlässig organisierten Wirtschaftsbetrieb für die Verpflegung und Vergnügung der in Massen zu erwartenden Besucher zu schaffen. Dabei war die Art und Weise, wie die Wirte ihre Betriebe zu führen hatten, bis in alle Einzelheiten den Vorschriften und der ständigen Kontrolle der Ausstellungsleitung unterworfen. Aus den Wirtschaftsbetrieben aber zog die Ausstellungsleitung noch weiteren Gewinn, einmal unmittelbar durch Abgaben auf Getränke, Zigarren, Zigaretten usw. und ferner mittelbar durch das Eintrittsgeld derjenigen Besucher, die lediglich zur Erholung und Zerstreuung die Wirtschaftsgebäude aufsuchten, ohne eine Besichtigung der eigentlichen Ausstellung damit zu verbinden.

Der Ausbruch des Krieges hatte für die Ausstellung einen schweren Schaden zur Folge. Die Ausstellungshallen der fremden Staaten wurden geschlossen, ein Eingang zum Ausstellungsgelände von einer wichtigen Verkehrsstraße aus wurde beseitigt u. a. m. Die Folge davon war, daß auch der Besuch der Wirtschaftsbetriebe erheblich zurückging. Einer der am meisten hiervon betroffenen Unternehmer verlangte daraufhin von der Ausstellungsleitung eine Minderung der vereinbarten Platzmiete.

Das Reichsgericht führt aus, nach den Regeln des Mietrechts könne die Leistungspflicht des Ausstellungsunternehmens nicht beurteilt werden. Die Miete des Platzes sei nur ein Teil des ganzen Vertrags, der, aus mehreren Teilen bestehend, „ein eigenartiges, einheitliches Ganze" darstelle. Die Ver-

---

[17]) RG. 88, 108.

pflichtung zur Führung und Aufrechterhaltung des Wirtschaftsbetriebes in der vorgeschriebenen Weise habe die Wirte in den Gesamtorganismus der Ausstellung eingegliedert, derart, „daß ihre Tätigkeit der Ausstellung selbst zum Nutzen oder zum Schaden" gereiche und daß „sie selbst und ihre Betriebe von allen ungünstigen Schicksalen der Ausstellung mitbetroffen" würden. Die Parteien hätten also „ein gesellschaftsähnliches Zusammenwirken für einen gemeinschaftlichen Zweck vereinbart". Im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses aber sei die Ausstellungsleitung nicht nur verpflichtet gewesen, den Wirten den ermieteten Platz für die Betreibung der Gaststätten zu überlassen, sondern vor allem, den Bestand der Ausstellung in vollem Umfange und mit dem bei Übernahme der Verpflichtungen erwarteten lebhaften Wirtschaftsbetrieb zu gewährleisten. Da dies infolge des Kriegsausbruchs teilweise unmöglich geworden sei, müsse die Platzmiete gemäß § 157 BGB. in Verbindung mit § 323 Abs. 1 BGB. gemindert werden.

6. Preiskartelle[18]).

Fünf Gewerbetreibende, A, B, C, D und E, schließen sich zusammen und vereinbaren, ihren Kunden gegenüber einen bestimmten Mindestpreis einzuhalten. Im Falle der Zuwiderhandlung soll der vertragsuntreue Teil verpflichtet sein, zu Gunsten der anderen Beteiligten eine Vertragsstrafe zu zahlen. Eine Kündigung des Vertrags ist nur drei Monate vor Ablauf eines Kalenderjahres zulässig.

Drei Firmen, A, B und C, verstoßen gegen die Vereinbarung, indem sie ihren Kunden niedrigere Preise berechnen. Bei wiederholten Zusammenkünften der Beteiligten bringt D, der bisher den Mindestpreis eingehalten hat, dies zur Sprache, findet aber damit kein Gehör, sondern bekommt von E das Wort entzogen. Darauf erklärt D, jetzt werde auch er den Vertrag nicht mehr einhalten. Als D dann wirklich den Vertrag bricht und E hiervon Kenntnis erlangt, fordert dieser von ihm seinen Anteil an der verwirkten Vertragsstrafe. D weigert sich zu zahlen. Er behauptet, der Vertrag sei ein Gesellschaftsvertrag, von dem der einzelne Teilnehmer aus wichtigen Gründen einseitig abgehen könne, und der wiederholte Vertragsbruch der anderen Beteiligten bedeute einen solchen.

Das Reichsgericht führt aus:

> „Dem kann insofern nicht beigetreten werden, als der Vertrag der Parteien vom Standpunkt des hier maßgebenden gemeinen Rechts aus nicht völlig unter den Begriff einer Gesellschaft fällt[19]). Vereinigungen von Gewerbetreibenden, die auf die Festhaltung von Mindestpreisen gegenüber den Abnehmern der einzelnen Teilnehmer hinwirken, sind nicht Gesellschaften im eigentlichen Sinne des Wortes; aber sie stehen diesen nach ihrer rechtlichen Natur nahe. Denn gleich ihnen erstreben sie einen durch das Zusammenwirken

---

[18]) RG. 53, 19; ähnliche Fälle: Recht 1912 Nr. 2655; 1913 Nr. 2286; JW. 1903, 13; 1908, 544; 1913, 984 Nr. 13; RG. 128, 16; DJZ. 1903, 82; 1912, 1409.

[19]) Wegen mangelnder Vermögensgemeinschaft unter den Beteiligten; die Vertragspflichten gingen lediglich auf ein Handeln bezw. Unterlassen, und das war nach gemeinem Recht für die Bildung einer Gesellschaft nicht ausreichend.

der Beteiligten zu erzielenden Erfolg, der jedem von ihnen zugute kommen soll. Aus dieser Bestimmung des Vertrags... ergibt sich die rechtliche Notwendigkeit, daß (analog dem, was für Gesellschaften gilt) dem einzelnen Teilnehmer das Recht des Rücktritts frei steht, wenn die anderen Teilnehmer den bezweckten Erfolg absichtlich vereiteln oder unmöglich machen".

Das Reichsgericht folgert weiter, bei einem Kartellvertrag, wie dem vorliegenden, sei es nicht zumutbar, daß, wenn die Mehrzahl gegen den Vertrag verstoße, die übrigen Beteiligten gebunden bleiben sollten, denn dies würde die erheblichsten wirtschaftlichen Nachteile für sie zur Folge haben. Wenn die Mehrzahl der Vertragschließenden durch Verstöße den Zweck der Vereinbarung vereitele, erwachse auch den anderen das Recht, sich ihrerseits einseitig vom Vertrage zu lösen. Die Äußerung des D, jetzt werde auch er den Vertrag nicht mehr einhalten, habe seine Rücktrittserklärung rechtswirksam zum Ausdruck gebracht [20]).

III. Begriffsbestimmung durch Typisierung der Tatbestände?

Die obigen Beispiele, die als besonders aufschlußreiche Fälle aus der großen Zahl der Entscheidungen herausgegriffen sind, könnten beliebig vermehrt werden. So hat das Reichsgericht noch für „gesellschaftsähnlich" erklärt: Patentverkäufe mit Umsatzbeteiligung [21]), Lizenzverträge mit Umsatz- oder Gewinnbeteiligung, sofern die Vertragschließenden zu einer gewissen Zusammenarbeit bei Auswertung des Patents verbunden waren [22]), Herausgeberverträge für Sammelwerke und Zeitschriften zwischen Verlegern und Autoren [23]), ein

---

[20]) Obwohl dieser Entscheidung noch die Auffassung des gemeinen Rechts zugrunde liegt, wurde sie hier als Beispiel gewählt, weil das Reichsgericht auch späterhin derartige Preiskartelle als „gesellschaftsähnlich" bezeichnet hat. In LZ. 1912, 757 Nr. 25 = DJZ. 1912 Nr. 1409 = Recht 1912 Nr. 2655 wird bei einem gleichgelagerten Falle ausgeführt, daß beim Mangel einer gemeinschaftlichen Organisation und eines gemeinschaftlichen Vermögens das Kartell „zwar mit Rücksicht auf den erstrebten Erfolg einer Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB. ähnlich" sei, aber nicht eine solche Gesellschaft darstelle. In JW. 1908, 544 bleibt es dahingestellt, ob durch den Kartellvertrag eine eigentliche Gesellschaft errichtet wurde, oder ob der Vertrag nur „gesellschaftsähnlichen Charakter" habe. In Recht 1913 Nr. 2286 werden „die Vorschriften der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, insbesondere der von der Kündigung handelnde § 723" für „anwendbar" erklärt. — Daß die Preiskartelle vom Verfasser als *echte* Gesellschaften aufgefaßt werden, wird später unter VI 6 h dargelegt werden.

[21]) Urt. v. 27. 4. 1904 I 512/1903.

[22]) RG. 142, 212; LZ. 1927, 625; Mitt. d. Verb. dtsch. Pat. Anw. 1914, 165; Urt. v. 23. 2. 1921 I 232/1920; Mark. u. Wettb. XXVI, 88 und 153; XVIII, 112.

[23]) RG. 115, 358 = JW. 1927, 1581 = LZ. 1927, 738; Holdh. M. Schr. 18, 53.

Vertragsverhältnis zwischen zwei Spediteuren, von denen der eine den Transport, der andere das Abrollen bestimmter Güter übernahm[24]), einen Vertrag zwischen einem Architekten und einer Heizungsbaufirma betr. Vermittlung von Heizungsanlagen gegen Gewinnbeteiligung[25]), ein Konsortialverhältnis zwischen mehreren Industrieunternehmungen[26]) u. a. m.

Dies alles zeigt uns, wie verschiedenartig die Rechtsverhältnisse gelagert sind, die vom Reichsgericht unter den Begriff „gesellschaftsähnlich" gebracht werden. Es erweist sich als unmöglich, aus diesen völlig heterogenen Tatbeständen etwa bestimmte Typen herleiten zu wollen, um daraus eine genaue Begriffsbestimmung für die „Gesellschaftsähnlichkeit" zu gewinnen.

Gewisse Gruppen lassen sich zwar unterscheiden. Da sind vor allem die Verträge mit Gewinnbeteiligung: Verlagsverträge mit Gewinnbeteiligung des Verfassers, Aufführungsagenturverträge mit Gewinnbeteiligung des Autors, Patentverkäufe und Lizenzverträge mit Gewinnbeteiligung des Erfinders, sei es im Angestelltenverhältnis, sei es in selbständiger Stellung, und schließlich Vermittlungsverträge für Werkleistungen mit Gewinnbeteiligung des Vermittlers. Dann eine Gruppe von Monopol- und Alleinvertretungsverträgen: Biervertrieb, in einer anderen Entscheidung Nähmaschinenvertrieb u. dergl. Und schließlich die Gruppe der einfachen Preiskartelle (sogen. Kartelle niederer Ordnung, weil ohne eigentliche Organisation).

Daneben aber bleibt eine ganze Reihe von Einzelfällen, die weder in einer der obigen Gruppen unterzubringen sind, noch sonst unter allgemeineren, nutzbringenden Gesichtspunkten zusammengefaßt werden können: Ausstellungsunternehmen und Gastwirt, Herausgebervertrag, Speditionsvertrag, Konsortialverhältnis usw. Sie alle stehen einer sinnvollen Einordnung durch ihre Verschiedenartigkeit entgegen. Ein verbindendes Moment wäre höchstens in der jeweiligen Interessengemeinschaft der Beteiligten zu erblicken. Hieraus aber eine besondere Gruppe herzuleiten, führt zu keinem dogmatisch fruchtbaren Ergebnis, denn eine Interessengemeinschaft läßt sich auch bei den übrigen drei Gruppen feststellen, daneben aber noch bei vielen anderen Vertragsverhältnissen des Wirtschaftslebens, die mit einer Gesellschaftsähnlichkeit nicht in Zusammenhang zu bringen sind.

Eine Typenlehre, die ja stets gewisse Lücken aufzuweisen pflegt, führt also hier nur zu einer allgemeinen Orientierung darüber, wo gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse im Sinne des Reichsgerichts etwa zu suchen sind. Scharf umgrenzte dogmatische Merkmale können aber nicht daraus gewonnen werden.

Es ist daher für eine Begriffsbestimmung der Gesellschaftsähnlichkeit erforderlich, auf den Typus der echten Gesellschaft zurückzugreifen und diesen in seiner Eigenart gegenüber anderen Rechtsverhältnissen herauszustellen. Indem wir dann untersuchen, welche Elemente aus diesem Typ „Gesellschaft" fortgedacht werden können, ohne daß das Vertragsverhältnis seine gesellschaftliche Natur völlig verliert, scheint sich uns ein Weg zu eröffnen, um zu dem Begriff des „gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses" gelangen zu können.

---

[24]) DJZ. 1905, 361.
[25]) RG. 78, 421.
[26]) RG. 126, 291.

IV. Ist dogmatische Abgrenzung von echter Gesellschaft und Gesellschaftsähnlichem möglich?

1. Begriff und Wesen der Gesellschaft.

a) Austausch u. Vereinigung als Grundformen des entgeltlichen Rechtsverkehrs.

Rudolf von Jhering sagt im „Zweck im Recht", Tausch und Gesellschaft seien die beiden Grundformen des entgeltlichen Rechtsverkehrs. Dabei bedeutet „Tausch" (im weiteren Sinne) jeden Austausch von Leistung gegen Leistung. Sache gegen Sache: Tausch (im engeren Sinne); Sache gegen Preis: Kauf; Gebrauchs- oder Nutzungsgewährung gegen Vergütung: Miete oder Pacht; Arbeitsleistung gegen Entgelt: Dienst- oder Werkvertrag. „Gesellschaft" dagegen bedeutet Zusammenschluß, Vereinigung, Verbindung mehrerer zu einem gemeinschaftlichen Zwecke. Grundlage des Tauschgeschäfts ist die Verschiedenheit der beiderseitigen Bedürfnisse und infolgedessen auch die der beiderseitigen Leistungen. Grundlage der Gesellschaft ist die Einheitlichkeit der Bedürfnisse und infolgedessen auch die Identität der Zwecksetzung. Wer seinen Zweck für sich allein ebenso leicht und ebenso sicher erreichen kann, wie in Gemeinschaft mit anderen, für den besteht — wenigstens im Wirtschaftsleben — keine Veranlassung, sich mit ihnen zu verbinden und sie zur Mitwirkung bei seiner Tätigkeit heranzuziehen. Wenn aber der Zweck die Kraft des Einzelnen übersteigt, oder wenn das erstrebte Ziel müheloser, billiger, sicherer in der Gemeinschaft mit anderen erreicht werden kann, dann liegt es im Interesse aller Beteiligten, ihre Kräfte und Mittel zu vereinigen. Tausch und Vereinigung sind die Grundformen jedes entgeltlichen Rechtsverkehrs, eine dritte Grundform gibt es nicht und kann es nicht geben, denn entweder ist der Zweck, der die Einzelnen zusammenführt, gemeinsam, oder er ist verschieden. Alles andere sind Spielarten dieser beiden Möglichkeiten, sind Zwischenformen innerhalb der beiden Grundformen[27]).

Neben diesen beiden Grundformen aber gibt es natürlich Mischtypen, Verträge, bei denen die Interessenfiguren sich durchkreuzen (etwa bei den partiarischen Rechtsgeschäften, insbesondere auch bei den Verlagsverträgen[28]).

---

[27]) Franz Beyerle, Die Treuhand im Grundriß des Deutschen Privatrechts, S. 16 ff., unterscheidet als dritte Grundform persönlicher Verkettung die Treuhand. Sie sei weder „gegenläufig-eigennützige Belangwahrung", wie der gegenseitige Vertrag, noch „gleichläufig-eigennützige Belangwahrung", wie die Gesamthand, sondern „vertretungsweise uneigennützige Belangwahrung". Da der Gesichtspunkt der Uneigennützigkeit im Rahmen unserer Untersuchung nicht in Erwägung zu ziehen ist, die Treuhand aber, wo sie sich mit Eigennutz verschwistert, auch nach Beyerle's Ansicht keine reine Treuhand mehr ist, kann es für unsere Untersuchung bei den beiden Grundformen „Austausch" und „Vereinigung" verbleiben.

[28]) Beyerle a. a. O., S. 24.

So wird sich auch im Verlaufe unserer Untersuchung zeigen, daß die „gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnisse“ des Reichsgerichts solche Mischtypen darstellen. Es sind Vertragsformen, die weder Tausch noch Gesellschaft, weder Zweckverschiedenheit noch Zweckeinheit bedeuten, sondern die auf einer Abwandlung der beiden Grundformen beruhen.

b) Die Wesensmerkmale des Vertragstatbestands „Gesellschaft“.

„Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten“.

So sagt das Gesetz in § 705 BGB. Und damit sind die beiden entscheidenden Merkmale für das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses gegeben. Es ist einmal die Gemeinsamkeit des Zwecks, wie wir sie soeben bei unseren grundsätzlichen Erörterungen festgestellt haben, und es ist zum andern das Zusammenwirken der Gesellschafter, um den als gemeinsam erkannten Zweck zu erreichen. Alles übrige ist für die Begriffsbestimmung der Gesellschaft nicht wesentlich. Es kommt weder darauf an, daß ein Gesamthandsvermögen, noch daß ein Gesellschaftsvermögen überhaupt geschaffen wird[29]), denn die vom Gesetz erwähnten „Beiträge“ müssen nicht in Geld oder Sachwerten, sondern können ebensogut in Dienstleistungen[30]), in einer Gebrauchsüberlassung, in der Verpflichtung zu einer Unterlassung, kurz in all dem bestehen, was überhaupt Gegenstand eines Schuldvertrags sein kann[31]). Hierin liegt eine wichtige Eigentümlichkeit des Gesellschaftsvertrags gegenüber den Austauschverträgen. Denn diese zerfallen in einzelne Vertragstypen, wie Kauf, Tausch, Miete, Dienst-, Werk-, Verwahrungsvertrag, eben nach der Art der Leistung, die im jeweiligen Einzelfalle ihren Inhalt darstellt. Die Gesellschaft aber vermag alle diese verschiedenen Leistungsarten in sich aufzunehmen. Für sie ist nicht die Art der Leistung das Typische, sondern der vertragliche Zusammenschluß zu einer gemeinschaftlichen Wirtschaftsorganisation, die Verbindung zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes[32]). Die Schaffung eines Gesellschafts*vermögens* ist aber dabei kein bindendes Erfordernis. Denn wie fast alle gesetzlichen Bestimmungen über den Gesellschaftsvertrag nachgiebigen Rechtes sind, so kann auch der Eintritt vermögensrechtlicher Gemeinschaft von den Gesellschaftern wegbedungen werden. Ebenso kommt es nicht darauf an, daß eine gemeinsame Vertretung nach außen besteht; es kann der Außencharakter einer Gesellschaft sehr wohl fehlen, indem die Gesellschaftsgeschäfte zwar für Rechnung der Gesellschafter, aber nicht in deren

---

[29]) Düringer-Hachenburg, HGB. II 1 S. 341 ff.

[30]) § 706 Abs. 3 BGB.

[31]) RG. 115, 366; Seuff. Arch. 61 Nr. 107; RG. 73, 287; 80, 269; JW. 1909, 656 Nr. 6.

[32]) Kohler, Lehrbuch, S. 399; Hoeniger, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, S. 45 ff.; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 538 ff.

Namen geführt werden (sogen. Innengesellschaft)[33]). Zwingende Voraussetzung ist nur, daß durch gemeinsame Leistungen in der vertraglich bestimmten Weise der gemeinsame Zweck verfolgt wird. Erst wenn von diesen Erfordernissen eines fehlt, hört das Vertragsverhältnis auf, Gesellschaft zu sein. Der Gesellschaftsbegriff des BGB. reduziert sich also letzten Endes auf zwei Elemente: auf das Zusammenwirken (die Beitragsleistungen) der Beteiligten und dies zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes.

Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter „gegenseitig", den gemeinsamen Zweck in der vereinbarten Weise zu fördern. Das scheint darauf hinzudeuten, daß der Gesellschaftsvertrag vom Gesetzgeber als gegenseitiger Vertrag gedacht sei. Die herrschende Lehre nimmt dies auch an[34]), allerdings mit der Einschränkung, daß die Regeln, die das BGB. im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse in den §§ 320 ff. für gegenseitige Verträge aufgestellt hat, nur mit erheblichen Abweichungen auf die Gesellschaft Anwendung finden können; dies vor allem, wenn sie bereits in der Ausführung begriffen ist und ihr typisches Eigenleben, insbesondere auch im Verhältnis zu Dritten, begonnen hat[35]). Mag man daher auch die Gesellschaft als einen gegenseitigen Vertrag besonderer Art auffassen: jedenfalls unterscheidet sie sich grundlegend von den übrigen „gegenseitigen" Verträgen.

Denn diese sind normalerweise „Austauschverträge", der Gesellschaftsvertrag aber ist der typische „Vereinigungsvertrag". Kauf, Miete, Dienstvertrag und Werkvertrag, Mäklervertrag und entgeltliche Verwahrung — sie alle versprechen Leistung gegen Leistung, Erfüllung gegen Erfüllung, um dadurch die Einzelinteressen der Beteiligten zu befriedigen. Beim Gesellschaftsvertrag aber vereinigt sich Leistung mit Leistung, Erfüllung mit Erfüllung, um damit ein Drittes, den gemeinsamen Zweck, vertragsgemäß zu fördern. Gewiß erwartet auch beim Gesellschaftsvertrag einer vom andern, daß er die versprochene Leistung erbringe, aber nicht als Tauschobjekt für seine eigene Leistung, sondern weil er sich mit ihm zu gemeinsamer „Beitrags"-Leistung vereinigt hat, und weil diese Vereinigung im Falle der Nichtleistung des Genossen keinen Sinn und keine Daseinsberechtigung mehr hätte. Denn beitragen kann man nur zu etwas anderem, austauschen aber immer nur gegen etwas anderes. Und ebenso wäre es ein Irrtum, etwa zu leugnen, daß auch bei der Gesellschaft jeder Gesellschafter seine Einzelinteressen verfolgt, zumal bei den Erwerbsgesellschaften des täglichen Lebens[36]). Aber er kann hier diese Einzelinteressen nur wahrnehmen, indem er zunächst einmal dem Ganzen dient. Erst mittelbar, auf dem Umweg über das Ganze, dient er dann in zweiter Linie sich selbst. Diese Unterscheidung zwischen Gegenseitigkeit und

---

[33]) Düringer-Hachenburg a. a. O., II, 1 S. 341 ff.; nach Siber, Schuldrecht, S. 397 ff. ist nicht einmal Handeln für Rechnung aller erforderlich.

[34]) RG. 78, 303; Planck, Vorbem. IV vor § 705 BGB.; Oertmann § 705 Nr. 4 b; — a. A.: Hoeniger a. a. O., S. 207 ff., der unter Heranziehung der Motive nachzuweisen versucht, daß das Wort „gegenseitig" in § 705 BGB. nach dieser Richtung hin nicht beweiskräftig sei.

[35]) RG. 78, 303; 81, 303; JW. 1911, 808.

[36]) siehe darüber Oertmann, Schuldverh., § 705 Anm. 4 a.

Gesellschaft, die sich aus den Grundformen Austausch und Vereinigung ergibt, und die wir, weil die Gesellschaft nach verbreiteter Ansicht zwar „gegenseitiger Vertrag", jedenfalls aber nicht „Austauschvertrag" ist, im folgenden zur besseren Klärung mit den Worten „Synallagma" — „Sozietät" bezeichnen wollen, führt uns zu einer weiteren Charakterisierung des Gesellschaftsverhältnisses.

c) **Die Gesellschaft als leistungsverknüpfender Tatbestand.**

aa) Der Gegensatz „Synallagma" — „Sozietät" [37]).

Beim Synallagma hat jede Partei eine Leistung zu erbringen und dafür eine entsprechende Gegenleistung zu empfangen. Dabei ist die Leistung, die der eine bewirkt, vollkommen identisch mit der, die der andere empfängt. Beim Kauf z. B. geht die Ware aus der Hand des zur Lieferung verpflichteten Verkäufers unmittelbar in die des zum Empfange berechtigten Käufers über, und das genau Entsprechende vollzieht sich umgekehrt mit dem Kaufpreis, den dieser für die Ware zu zahlen hat. Mit anderen Worten: beim Synallagma vollzieht sich die Erfüllung der Parteileistungen auf dem Wege der Unmittelbarkeit. Die vom einen zu erbringende Leistung steht zu der vom anderen zu empfangenden in der Relation der Identität.

Ganz anders verhält es sich bei der Sozietät. Hier geht nicht die Beitragsleistung oder die Einlage eines Gesellschafters unmittelbar auf die anderen Gesellschafter über. Hier ist nicht die Leistung, die der eine Gesellschafter zu erbringen hat, identisch mit der, die ein anderer Gesellschafter zu empfangen hat. Während wir für das Synallagma zwischen den Leistungen der Parteien die Relation der Identität festgestellt haben, zeigt die Sozietät das entgegengesetzte Kriterium der unbedingen Verschiedenheit dieser Leistungen. Ein Vertrag, bei dem das, was eine Partei zu leisten hat, unmittelbar in das Vermögen einer anderen Partei übergeht, kann niemals ein Gesellschaftsvertrag sein. Eine Identität der zu erbringenden und der zu empfangenden Leistungen ist hier undenkbar.

Bei der Sozietät besteht zwischen den Parteien noch ein Drittes, ein gemeinsamer Punkt, auf den sich die Leistungen zunächst konzentrieren, ein Sammelbecken, in dem sie sich zunächst vereinen, um dann von dort aus, unter Umständen nach den verschiedensten Wandlungen, sich in veränderter Gestalt auf die einzelnen Vertragsparteien zu verteilen. Dieses vermittelnde Medium, in dem die zu erbringenden Leistungen der Vertragsparteien sich vereinigen, um dann von da aus als die zu empfangenden Leistungen in sehr veränderter Gestalt wiederum an die Parteien zu gelangen, ist das Gesellschaftsvermögen. Hier vereinigen sich zunächst alle Leistungen der Gesellschafter: die Kapitaleinlagen, die eingebrachten Sachwerte, die Dienstleistungen, Werkleistungen usw., um dann später, wenn ein Stück Weges gemeinsamer Tätigkeit zurückgelegt ist, in Form der Gewinnanteile auf die Einzelnen überzugehen. Während also das Synallagma von dem Prinzip der Unmittelbarkeit beherrscht wird,

---

[37]) Hoeniger a. a. O., S. 199 ff.; 267 ff.

schiebt sich bei der Sozietät zwischen die zu erbringende und die zu empfangende Leistung als Mittelglied, das jede Leistung durchwandern muß, das Gesellschaftsvermögen ein[38]).

bb) Die Entgeltlichkeit als Oberbegriff für Synallagma und Sozietät.

Synallagma und Sozietät sind also grundlegende Gegensätze. Trotzdem enthalten sie ein gemeinsames Element: beide nämlich werden umfaßt von dem Oberbegriff der Entgeltlichkeit[39]).

Entgeltlichkeit bedeutet dreierlei:

1. daß jede Vertragspartei eine Leistung zu erbringen hat;
2. daß jede Vertragspartei[40]) auch eine Leistung zu empfangen hat;
3. daß nach dem Willen beider Vertragsteile die Leistung des einen als Ausgleich der Leistung des andern zu gelten hat und umgekehrt[41]) [42]).

Synallagma und Sozietät wurzeln beide im Prinzip der Entgeltlichkeit, und was die herrschende Lehre beim Gesellschaftsvertrag als „gegenseitig" bezeichnet, ist nur der Ausdruck seines Entgeltlichkeitscharakters. Der Unterschied zwischen Synallagma und Sozietät in Bezug auf die ihnen übergeordnete Entgeltlichkeit ergibt sich aus unseren vorhergehenden Darlegungen wie folgt: Das Synallagma ist die unmittelbare Form der Entgeltlichkeit, gekennzeichnet durch das Moment der Identität der von der einen Partei zu erbringenden und von der anderen Partei zu empfangenden Leistung. Die

---

[38]) Sofern kein Gesellschaftsvermögen geschaffen werden soll, dienen die Leistungen mindestens zunächst dem gemeinschaftlichen Zweck der Gesellschafter, Düringer-Hachenburg, HGB. II, 1 S. 72 unten.

[39]) Nach Hoeniger a. a. O., S. 180 ff, 205, gibt es auch eine unentgeltliche Sozietät, auf die jedoch in unserem Zusammenhange nicht eingegangen zu werden braucht. Soweit wir bei unserer Untersuchung von „Sozietät" sprechen, ist immer die entgeltliche Sozietät gemeint. Im übrigen ist der Begriff der unentgeltlichen Sozietät sehr bestritten. Gegen die Annahme einer solchen: Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S. 80; Schreiber in Iher. Jahrb. Jg. 60, S. 186 ff.

[40]) oder an ihrer Stelle ein vertragsmäßig bestimmter Dritter.

[41]) Hierbei ist nicht erforderlich, daß dieser Ausgleich objektiv oder auch nur nach Meinung der Parteien dem gewährten Vorteil gleichkomme. Es genügt, daß er als Entgelt von den Parteien gewollt ist (Enneccerus I § 138 IV). Vgl. insbesondere für die Gesellschaft, Beyerle a. a. O., S. 16 ff.: „Was jeder sich von seinen Mitgesellschaftern versprechen läßt, bestimmt sich weder nach seinem Eigenbedarf, noch braucht es seiner Leistung ebenbürtig zu sein. Entscheidend ist die Nützlichkeit auch ungleichmäßiger Kräfte und Güter für das gemeinsame Ziel".

[42]) Die Ansicht von Hoeniger a. a. O., S. 242, das dritte Tatbestandsstück der Entgeltlichkeit sei darin zu erblicken, „daß die Leistungspflicht einer jeden Vertragspartei von dem Vollzuge der Leistungen der übrigen Parteien abhängig sein soll", weist zu einseitig auf synallagmatische Verträge hin und wird dem Wesen der Sozietät nicht gerecht.

Sozietät dagegen ist die mittelbare Form der Entgeltlichkeit, gekennzeichnet durch das Moment der Verschiedenheit der von den Vertragsparteien zu erbringenden und zu empfangenden Leistungen[43]).

Wir fassen das Ergebnis unserer Betrachtungen über Begriff und Wesen der Gesellschaft zusammen:

Die Gesellschaft als Vertragstatbestand bedeutet zweierlei:

1. die Gemeinsamkeit des Zwecks,

2. die Gemeinsamkeit seiner vertragsmäßigen Förderung.

Die Gesellschaft als leistungsverknüpfender Tatbestand — Sozietät — bedeutet den Gegensatz zum Synallagma. Sozietät und Synallagma sind die beiden Formen der Entgeltlichkeit, und zwar ist die Sozietät ihre mittelbare, das Synallagma ihre unmittelbare Form.

2. Unbefriedigender Versuch der dogmatischen Abgrenzung.

Nachdem wir nunmehr Begriff und Wesen der echten Gesellschaft klargelegt haben, können wir zur Untersuchung der „gesellschaftsähnlichen" Rechtsverhältnisse zurückkehren. Daß der Begriff des gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses nicht in der Weise erfaßt und gegenüber der echten Gesellschaft abgegrenzt werden kann, daß man ihn aus den vom Reichsgericht beurteilten Tatbeständen im Wege der Typenbildung herleitet, haben wir im Hinblick auf deren inhaltliche Verschiedenheit bereits erkannt. Es fragt sich nun, ob wir den Begriff aus dem der echten Gesellschaft heraus entwickeln können.

a) Voraussetzungen für eine begriffliche Ähnlichkeit.

Wenn eine Rechtsfigur einer anderen „ähnlich" sein soll, so darf sie ihr begriffsnotwendig weder gleich sein, noch in einem vollkommenen Gegensatz zu ihr stehen. Wohl aber muß sie sich in gewisser Beziehung so weit mit ihr decken, daß trotz Abweichungen im einzelnen eine wesensmäßige Verwandtschaft angenommen werden kann.

Sind daher die grundlegenden Mindesterfordernisse des Gesellschaftsvertrags der gemeinsame Zweck und das vertragsmäßige Zusammenwirken der Beteiligten zu seiner Erreichung, so darf nur eines dieser beiden Momente fehlen, um überhaupt noch eine Prüfung notwendig erscheinen zu lassen, ob ein Tatbestand gesellschaftsähnlich sei. Hierbei sind folgende drei Fälle denkbar:

---

[43]) a. A.: Knoke in ZHR. Bd. 75 S. 420 ff. Nach ihm ist die Auffassung Hoenigers nur auf die Fälle abgestellt, bei denen die Beiträge in der Leistung von Geld oder anderen Gegenständen bestehen. Der Unterschied zwischen der Gesellschaft und den übrigen gegenseitigen Verträgen könne nur dahin bestimmt werden, daß bei diesen ein Austausch der Leistungen stattfindet, bei jenen eine Vereinigung der Leistungen, in der jedem Gesellschafter die eigene wie die fremde Leistung dadurch zugute komme, daß sie die Erreichung eines Zweckes fördere, an dem jeder interessiert sei.

Entweder mehrere Personen erstreben einen gemeinsamen Zweck, zu dessen Erreichung sie nicht vertragsmäßig zusammenwirken, den sie vielmehr auf getrennten Wegen verfolgen;

oder mehrere Personen wirken zwar vertragsmäßig zusammen, aber der Zweck, den sie erstreben, ist nur ein gleicher, nicht ein gemeinsamer;

oder schließlich mehrere Personen wirken vertragsmäßig zusammen, aber um ganz verschiedene Zwecke zu verfolgen.

b) **Begriffsbestimmung der „Gesellschaftsähnlichkeit".**

Ernsthaftere Besinnung ergibt, daß eine eindeutige und allgemein gültige Begriffsbestimmung der „Gesellschaftsähnlichkeit" nicht in der Weise gewonnen werden kann, daß man von den beiden grundlegenden Mindesterfordernissen des echten Gesellschaftsvertrags eines ausschaltet. Denn auf diesem Wege gerät man ebensogut auf Gebiete, die der Gesellschaft wirklich nahe stehen, als auch auf solche, die mit ihr nicht mehr das Geringste zu tun haben. Fälle, bei denen trotz Zusammenwirkens mehrerer dem einzelnen verschiedene oder gleichartige, aber dennoch nicht gemeinsame Zwecke vorschweben, und Fälle, bei denen gemeinsame Ziele unabhängig voneinander durch mehrere verfolgt werden, sind im Leben sehr häufig. Würde ihr Vorliegen genügen, um stets die Annahme einer Gesellschaftsähnlichkeit zu rechtfertigen, so wäre hierdurch jede feste Abgrenzung zwischen der echten Gesellschaft und andersartigen Vertragstypen aufgehoben.

Die Ursache hierfür liegt in dem Sozietätsmoment, wie wir es im Gegensatz zum Synallagma kennengelernt haben. Wo das Sozietätsmoment fehlt, hört die Gesellschaft auf, Gesellschaft zu sein. Eine „Gesellschaftsähnlichkeit" aber gibt es dann bei echter Rechtsbindung als systematisch fruchtbare Kategorie nicht mehr, denn entweder erbringen die Vertragsparteien ihre Leistungen nach dem Prinzip der Sozietät oder im Wege des Synallagma. Weil der Gesellschaftsvertrag des BGB. bereits auf zwei einfache, tatbestandsmäßig unschwer erfaßbare Mindesterfordernisse zurückgeführt ist, und weil es zwischen Sozietät und Synallagma als grundlegenden Gegensätzen der Leistungserbringung keine Vermittlung gibt[44]), erscheint es begrifflich unmöglich, klar erfaßbare Übergangsstufen zwischen der Gesellschaft und anderen Tatbeständen einzuführen.

V. Die praktische Bedeutung des Begriffs „gesellschaftsähnliche Vertragsverhältnisse" in der Rechtsprechung.

Unsere bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß der Begriff des „gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnisses" weder auf induktivem noch auf deduktivem Wege in einer befriedigenden Weise gewonnen werden kann. Es erwies sich als unmöglich, eine Begriffsbestimmung durch Typisierung der Tat-

[44]) Eine Kombination von Sozietät und Synallagma ist dagegen denkbar, so z. B., wenn das Einbringen eines hochwertigen Miet-

bestände zu finden, und ebenso haben wir erkannt, daß eine scharfe dogmatische Abgrenzung gegenüber dem Begriffe der echten Gesellschaft nicht durchgeführt werden kann.

Diese begrifflichen Schwierigkeiten und Bedenken finden auch insofern ihre Bestätigung, als das Reichsgericht, wie eingangs erwähnt, ungeachtet der großen Zahl von Entscheidungen, in denen es den Begriff der Gesellschaftsähnlichkeit verwendet, eine klare Begriffsbestimmung bisher auch nicht an einer einzigen Stelle gegeben hat. Wir müssen uns daher fragen, ob denn dieser ganze Begriff, der lediglich eine Hilfskonstruktion der Rechtsprechung darstellt, von praktischen Erfordernissen unvermeidlich geboten, mit anderen Worten: ob er überhaupt notwendig ist. Dies führt uns zunächst zur Prüfung der Vorfrage: Aus welchem Grunde diese Notkonstruktion vom Reichsgericht errichtet wird, was es mit Einführung des Begriffs der Gesellschaftsähnlichkeit überhaupt bezweckt.

1. Die vom Reichsgericht mit der Einführung des Begriffs hauptsächlich verfolgten Zwecke.

a) Analoge Anwendung des § 723 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 BGB.

Unsere eingangs erörterten Beispiele lassen erkennen, daß die analoge Anwendung der Kündigungsvorschriften des § 723 BGB. bei der Verwendung des Begriffs „Gesellschaftsähnlichkeit" eine wesentliche Rolle spielt. Es handelt sich einmal um die Bestimmung des § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB.:

> „Ist eine Zeitdauer (für die Gesellschaft) bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird".

Es handelt sich ferner um die Bestimmung des § 723 Abs. 3 BGB.:

> „Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig".

Von unseren sechs Beispielen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung enthalten vier die analoge Anwendung einer dieser beiden Vorschriften. Im Falle „Tonsetzer und Aufführungsagentur" [45]) ist es die Bestimmung der „Berechtigungsverträge", wonach durch eine Kündigung das Rechtsverhältnis zwischen der AFMA und den „Bezugsberechtigten" im Hinblick auf die bereits übertragenen Aufführungsrechte nicht berührt, das Kündigungsrecht also für

---

objektes in eine Gesellschaft in der Weise geschieht, daß der Vermieter nur zum Teil durch Gewährung von Gesellschaftsanteilen für seine Vermieterleistung entschädigt wird, zum andern Teile aber dafür eine fest bestimmte, unmittelbare, synallagmatische Gegenleistung erhält. Siehe darüber Hoeniger a. a. O., S. 184 ff. Hier bestehen Sozietät und Synallagma zwar erkennbar nebeneinander, nicht aber soll eine vermittelnde Zwischenform geschaffen werden.

[45]) s. ob. S. 9 ff.

solche Aufführungsrechte endgültig ausgeschlossen werden soll, auf die das Reichsgericht den § 723 Abs. 3 BGB. analog anwendet. Im Falle „Prinzipal und Angestellter"[46]) ist es neben der Pflicht zur Rechnungslegung, die aus § 713 BGB. hergeleitet wird, die Kündigung aus wichtigem Grunde, die vom Reichsgericht wegen Verletzung dieser Verpflichtung analog § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB. für zulässig erachtet wird. Auch im Falle „Brauerei und Generalvertretung"[47]) wird in der Unmöglichkeit eines gedeihlichen Zusammenwirkens und einer Erreichung des Vertragszwecks ein wichtiger Grund im Sinne des § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB. gesehen und infolgedessen der Brauerei das Recht zu fristloser Kündigung zugebilligt. Und schließlich ist auch die Entscheidung im Falle „Preiskartelle"[48]) auf analoge Anwendung eben dieser Gesetzesbestimmung abgestellt, indem das Reichsgericht ausführt, wenn beim Kartellvertrag die Mehrzahl der Vertragschließenden durch Verstöße den Zweck der Vereinbarung vereitele, erwachse auch den übrigen Beteiligten das Recht, sich wegen Vorliegens dieses „wichtigen Grundes" einseitig vom Vertrag zu lösen.

Die fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde und die Nichtigkeit einer entgegenstehenden Vereinbarung spielen in der Tat die entscheidende Rolle bei der Verwendung des Begriffs „gesellschaftsähnliche Vertragsverhältnisse", so daß bei dem größten Teil der einschlägigen Entscheidungen die Rechtfertigung einer analogen Anwendung des § 723 BGB. als wesentlicher Inhalt zu betrachten ist.

b) **Rechtfertigung einer besonderen Berücksichtigung von Treu und Glauben.**

Was sonst an gesellschaftsrechtlichen Gedankengängen vom Reichsgericht zwecks sinngemäßer Übertragung auf „ähnliche" Rechtsverhältnisse noch herangezogen wird, sind im wesentlichen allgemeinere Gesichtspunkte der Vertragsauslegung zwecks Begründung einer besonderen Berücksichtigung von Treu und Glauben, nicht aber positive Bestimmungen der §§ 705 ff. BGB. So etwa, wenn im Falle „Schriftsteller und Verleger"[49]) ausgeführt wird, das Vertragsverhältnis setze wegen der Beteiligung des Verfassers am Reingewinn des Verlegers in erhöhtem Maße „persönliches Vertrauen" und die „Betätigung von Treu und Glauben" voraus, der Verfasser habe daher Anspruch darauf, sich bei der Berechnung seines Gewinnanteils „dem gesellschaftsähnlichen Charakter des Vertrags entsprechend" behandeln zu lassen. Oder wie im Falle „Ausstellungsunternehmen und Gastwirt"[50]), wo das Reichsgericht auf ein „gesellschaftsähnliches Zusammenwirken für einen gemeinschaftlichen Zweck" hinweist, um auf Grund des § 157 BGB. den in Frage kommenden Mietvertrag „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" so auszulegen, wie es unter „Gesellschaftern" angebracht gewesen wäre.

Wir sind der Ansicht, daß es weder im Falle „Schriftsteller und Verleger", noch im Fall „Ausstellungsunternehmen und Gastwirt" erforderlich gewesen ist,

---

[46]) s. ob. S. 10 ff.
[47]) s. ob. S. 11 ff.
[48]) s. ob. S. 13 ff.
[49]) s. ob. S. 8 ff.
[50]) s. ob. S. 12 ff.

den Umweg über die „Gesellschaftsähnlichkeit" einzuschlagen. Unseres Erachtens ergibt sich sowohl in dem einen Falle die Verpflichtung des Verlegers, bei Ermittlung des Gewinns nur seine reinen Selbstkosten in Ansatz zu bringen, als auch in dem andern die Verpflichtung der Ausstellungsleitung, dem durch das Abflauen des Ausstellungsbesuchs geschädigten Gastwirt eine Minderung der „Platzmiete" zu gewähren, hinreichend aus §§ 157, 242 BGB. Denn wie es dort dem Verfasser nach Treu und Glauben nicht zuzumuten war, daß der Verleger bei Feststellung seiner Selbstkosten, die „nach seinen Büchern" laut Vertrag zu ermitteln waren, zu seinen Gunsten einen Sonderaufschlag in Ansatz brachte, so hatte hier die Ausstellungsleitung nach Treu und Glauben ihre Leistung so zu erbringen, daß dem Gastwirt ein in vollem Umfange sich entwickelnder Ausstellungsverkehr zur Verfügung gestellt wurde. Für die Begriffe Gesellschaft oder „Gesellschaftsähnlichkeit" ist in beiden Fällen kein Raum, denn wie in jenem Falle der Verlagsvertrag durch die Vereinbarung der partiarischen Klausel nicht aufhörte, Verlagsvertrag zu sein, und nicht anfing, Gesellschaftsvertrag zu werden, so blieb in diesem der Mietvertrag trotz der Verpflichtung des Mieters, die Sache während der Vertragszeit zu gebrauchen, und ungeachtet der Tatsache, daß der Vermieter aus diesem Gebrauch noch weiteren Nutzen zog, immer noch Mietvertrag, wenn auch mit Sonderverpflichtungen des Mieters und mit Sonderberechtigungen des Vermieters behaftet. Eine praktische Notwendigkeit für die Hilfskonstruktion des „gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnisses" ist daher zunächst einmal in diesen beiden Fällen nicht ersichtlich.

2. Unanwendbarkeit anderer Bestimmungen des Gesellschaftsrechts auf „gesellschaftsähnliche" Rechtsverhältnisse.

Gerade sie aber waren, wie wir bereits ausgeführt haben, die einzigen unserer sechs Beispiele, bei denen es sich um anderes handelte als um die analoge Anwendung des § 723 BGB. Geht man der Beobachtung nach, daß mit der Verwendung des Begriffs der „Gesellschaftsähnlichkeit" kaum etwas anderes bezweckt wird, als eben dies letzte, so zeigen sich dafür auch gewichtige Gründe. Die meisten Vorschriften der §§ 705 ff. BGB. sind überhaupt nur auf eine echte Gesellschaft anwendbar und können auf andere Rechtsverhältnisse ihrer Natur nach nicht übertragen werden, so vor allem die Bestimmungen über die Vertretung nach außen (§§ 714 bis 715 BGB.), über das Gesellschaftsvermögen (§§ 718 bis 720 BGB.), über die Gründe der Beendigung (§§ 725 bis 728 BGB.), über die Auseinandersetzung (§§ 730 bis 735 BGB.) und über Ausscheiden und Eintritt eines Gesellschafters (§§ 736 bis 740 BGB.). Sie alle setzen einen festgefügten Gesellschaftsorganismus voraus, wenn ihre Anwendung in Frage kommen soll. Aber auch im Innenverhältnis haben die meisten Vorschriften einen ordnungsgemäß geschlossenen Gesellschaftsvertrag zur Grundlage, sei es, daß man an die Beitragsleistungen denkt (§§ 705 bis 707 BGB.) oder an die Geschäftsführungsbefugnis (§§ 709 bis 712, 716 BGB.) oder an die Erfolgsbeteiligung (§§ 721 bis 722 BGB.).

3. Die vom Reichsgericht aus § 713 BGB. entnommene Pflicht zur Rechnungslegung.

Besondere Beachtung verdient die Bestimmung des § 713 BGB., der wegen der Rechte und Pflichten aus der Geschäftsführung auf die für den

Antrag geltenden §§ 664 bis 670 BGB. verweist. Wir erinnern daran, daß im Falle „Prinzipal und Angestellter" [51]) die Rechenschaftspflicht des Prinzipals gegenüber dem Angestellten eine entscheidende Rolle gespielt hat, und daß das Reichsgericht durch analoge Anwendung des § 713 BGB. in Verbindung mit § 666 BGB. diese Rechenschaftspflicht begründen zu müssen glaubte. In einer früheren Entscheidung[52]) hatte sich das Reichsgericht aber über die allgemeinen Grundlagen der Rechenschaftspflicht im BGB. bereits eingehend geäußert, doch sind die dort entwickelten Gedanken im vorliegenden Falle nicht herangezogen worden.

Es handelte sich damals um zwei Brüder, die in zwei verschiedenen Städten Geschäfte betrieben, wobei jeder an Gewinn und Verlust des andern zur Hälfte beteiligt war. Nach dem Tode des einen klagte der andere gegen dessen Erben auf Rechnungslegung, wobei zunächst zu prüfen war, ob trotz der getrennten und beiderseits vollkommen selbständigen Geschäftsführung ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den beiden Brüdern bestanden habe. Das Reichsgericht führte in diesem Zusammenhang aus:

> „War eine Gesellschaft zwischen den Brüdern eingegangen und durch den Tod Karl W. s aufgelöst, so wird der Anspruch auf Rechnungsablage durch §§ 713, 666 BGB. wie durch § 271 begründet. Aber auch ohne Verpflichtung zu sorgfältigem Geschäftsbetriebe, ja auch dann, wenn nur der Kläger an Gewinn und Verlust des Geschäfts in Kiel,, nicht umgekehrt Karl W. an dem Bremerhavener Geschäft beteiligt gewesen wäre, müßten schon die §§ 157, 242 BGB. genügen, um den Anspruch zu stützen. Das BGB. hat die Voraussetzungen der Rechenschaftspflicht nicht durch eine allgemeine Formel festgelegt. Es hat die Pflicht in zahlreichen Einzelfällen ausgesprochen; so namentlich für den Beauftragten, § 666, den Geschäftsführer infolge Dienst- oder Werkvertrags, § 675, den unbeauftragten Geschäftsführer, § 681 Abs. 2 und den geschäftsführenden Gesellschafter, § 713; vgl. ferner §§ 27 Abs. 3, 86, 1214 Abs. 1, 1421, 1681, 1686, 1840, 1890, 1897, 1915, 1978, 1991, 2130 Abs. 2, 2218. Aus diesen Einzelfällen darf man den Grundsatz ableiten, daß rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten oder solche, die zugleich eigene und fremde sind, besorgt".

Wenn auch das Reichsgericht dann weiter darlegt, daß dem tantièmeberechtigten Angestellten ein Anspruch auf Rechnungslegung nicht zuzubilligen sei, weil er keinen Einfluß auf die Geschäftsführung habe und am Verlust nicht teilnehme, so trifft diese Einschränkung nicht unseren Fall „Prinzipal und Angestellter", weil hier der Angestellte ja nicht schlechthin am Gewinn beteiligt, sondern Lizenzvertragspartner, und zwar Lizenzgeber ist, so daß also die Ausbeutung der von ihm gemachten Erfindung nicht nur eine Angelegenheit des Prinzipals, sondern ebensogut seine eigene Angelegenheit bedeutet.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß eine analoge Anwendung des § 713 BGB. und somit die Verwendung des Begriffs der „Gesellschaftsähnlichkeit", soweit eine Pflicht zur Rechnungslegung begründet werden sollte, auch

---

[51]) s. ob. S. 10 ff.

[52]) RG. 73, 286.

in diesem Falle nicht erforderlich gewesen ist, da sie sich aus §§ 157, 242 BGB. in Verbindung mit dem vom Reichsgericht entwickelten Grundsatz bereits hinreichend ergab. So gut in dem Falle der beiden Brüder es nicht darauf ankam, ob eine Gesellschaft zwischen ihnen bestanden hatte oder nicht, weil der Grundsatz: „Rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten oder solche, die zugleich eigene und fremde sind, besorgt" auf das in Frage kommende Rechtsverhältnis unter allen Umständen Anwendung erheischte, war auch im Falle „Prinzipal und Angestellter" die Konstruktion eines „gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnisses" zur Begründung einer Rechenschaftspflicht durchaus entbehrlich, weil der erwähnte Grundsatz auch hier die Entscheidung getragen hätte.

VI. Die analoge Anwendung des § 723 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 BGB im besonderen.

Wir sehen also, daß in denjenigen unserer Beispiele, in denen es sich bei der Verwendung des Begriffs der Gesellschaftsähnlichkeit um etwas anderes handelte, als um die analoge Anwendung des § 723 BGB., die Einführung dieses Begriffs durchaus nicht erforderlich war, weil die damit erstrebten Ziele ebensogut auf andere Weise erreicht werden konnten, nämlich durch Anwendung allgemeiner Normen und Grundsätze, wie sie aus §§ 157, 242 BGB. sich teils unmittelbar ergeben, teils mittelbar entwickelt werden können. Dies entspricht auch der bereits festgestellten Tatsache, daß die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts infolge der eigenartigen Natur dieses Rechtsinstituts im wesentlichen den Bestand einer echten Gesellschaft voraussetzen und keine analoge Anwendung auf „ähnliche Rechtsverhältnisse" dulden.

1. Die Begründung des Reichsgerichts für die Annahme gesellschaftsähnlicher Vertragsverhältnisse und damit für die Zulässigkeit der Analogie.

Wie verhält es sich nun aber mit den die Kündigung regelnden Vorschriften des § 723 BGB., die in den einschlägigen Entscheidungen des Reichsgerichts die bei weitem überwiegende Rolle spielen, und deren analoge Anwendung dort immer und immer wieder als zulässig und erforderlich bezeichnet wird? Darauf hat sich unsere Untersuchung nunmehr zu richten. Dabei erscheint es geboten, von den Gesichtspunkten auszugehen, die das Reichsgericht zur Begründung „gesellschaftsähnlicher Rechtsverhältnisse" und damit für analoge Anwendung des § 723 BGB. heranzieht.

Es sind im wesentlichen vier Erscheinungen, womit das Reichsgericht das Vorhandensein einer Gesellschaftsähnlichkeit begründet, und die in einer großen Zahl von Fällen als maßgebend für das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander bezeichnet werden:

1. eine Beteiligung des einen am wirtschaftlichen Erfolg des andern, vor allem die Gewinnbeteiligung bei partiarischen Rechtsgeschäften,

2. eine zwischen den Beteiligten bestehende Interessenverknüpfung,
3. das Vorhandensein eines persönlichen Vertrauensverhältnisses,
4. eine auf längere Zeit berechnete Dauerverbindung, die die Parteien durch den Vertragsschluß beabsichtigt haben.

Diese vier Momente brauchen jedoch nicht alle gleichzeitig nebeneinander gegeben zu sein. So werden z. B. bei dem Vertrag zwischen Ausstellungsunternehmen und Gastwirt[53]) und bei dem Vertrag zwischen einem Verleger und den Herausgebern einer Zeitschrift[54]) Interessenverknüpfung und wirtschaftliche Beteiligung für die Annahme einer Gesellschaftsähnlichkeit als ausreichend erachtet, während im Falle „Schriftsteller und Verleger"[55]) und im Fall „Tonsetzer und Aufführungsagentur"[56]) auf Vertrauensverhältnis und Gewinnbeteiligung hingewiesen wird. In einer ähnlichen Entscheidung über einen Aufführungsagenturvertrag[57]) wird das persönliche Vertrauensverhältnis, der partiarische Charakter und die lange Dauer des Vertrags als maßgebend bezeichnet, dagegen erwähnt der Fall „Brauerei und Generalvertretung"[58]), der Fall „Heizungsbauvermittlung"[59]) und der Fall eines besonders gelagerten Lizenzvertrags[60]) nur Interessenverknüpfung und Zeitdauer. In anderen Entscheidungen wird sowohl Interessenverknüpfung als auch Vertrauensverhältnis, Gewinnbeteiligung und Zeitdauer als Kennzeichen angeführt, wozu dann noch u. U. eine gewisse Gemeinschaftlichkeit der Geschäftsführung, insbesondere bei Lizenzverträgen tritt. So heißt es in RG. 105, 315 (Dienstvertrag, der die Erreichung und Verwertung von Erfindungen eines Angestellten zum Gegenstand hat), Merkmale für den gesellschaftsähnlichen Charakter des betr. Vertragsverhältnisses seien:

> „die Verpflichtung des Erfinders, die Interessen der Firma, bei der er angestellt sei, wie eigene zu wahren,
>
> die enge Gemeinschaft der Parteien bei der Verwertung der Erfindungen des Beklagten und bei der Erwirkung und Ausnutzung von Patentschutz,
>
> die beträchtliche Gewinnbeteiligung des Erfinders bezüglich der aus dem Vertrieb seiner Schöpfungen erzielten Reingewinne, selbst über die Dauer des Dienstvertrags hinaus".

Dann heißt es weiter:

> „Diese enge Verknüpfung der beiderseitigen Belange bedingte ein besonderes Vertrauensverhältnis".

---

53) RG. 88, 108.
54) Holdh. M. Schr. 18, 53.
55) RG. 81, 233.
56) Warn. Rchspr. 1920, Nr. 157.
57) RG. 78, 298.
58) RG. 65, 37.
59) RG. 78, 421.
60) Mark. u. Wettb. XXXI, 441.

Entsprechende Formulierungen finden sich in ähnlichen Fällen, so etwa in JW 1926, 2529 Nr. 4 (unser Beispiel „Prinzipal und Angestellter"), wo ausgeführt wird, daß die Parteien „von Vertrauen zu einander getragen, ihre Interessen auf längere Zeit miteinander verknüpfen, da der Kläger an dem von der Beklagten erzielten Erlös zu einem bestimmten Satze beteiligt wird und sich seinerseits verpflichtet, der Beklagten seine Hilfe zur Aufrechterhaltung und Erzielung der Patente zu leihen". Und ebenso lautet es in der Entscheidung Mark. und Wettb. XIX, 233: „Das Vertragsverhältnis der Parteien, wie es in dem Vertrage hinsichtlich der Lizenz ausgestaltet ist, stellt eine vom gegenseitigen Vertrauen getragene Interessenverknüpfung der Parteien von langer Dauer dar". Auf den materiellen Inhalt des Vertrags kommt es dann schließlich überhaupt nicht mehr an, sondern es entscheidet nur noch die „Interessenlage", so daß das Reichsgericht in RG. 126, 291 (Konsortialverhältnis zwischen verschiedenen Industriegesellschaften) meint:

> „Rechtlich könnte auch ein nur gesellschaftsähnliches Verhältnis in Frage kommen, wie es aus einer längeren gewollten Interverknüpfung auch ohne ausdrückliche Inhaltsbestimmung und ohne bestimmte zeitliche Begrenzung erwachsen kann, ganz besonders bei wirtschaftlichen Zusammenschlüssen der hier in Frage kommenden Art innerhalb eines der Teilnehmerzahl nach beschränkten und durch wechselseitiges Vertrauen verbundenen Personenkreises."

2. Einwendungen gegen die Begründung des Reichsgerichts.

a) Gewinnbeteiligung.

Die Gesichtspunkte, die das Reichsgericht zur Annahme einer Gesellschaftsähnlichkeit veranlassen, vermögen jedoch nicht zu befriedigen.

Daß Gewinnbeteiligung und Gesellschaftsvertrag scharf voneinander zu scheiden sind, ist seit Cromes grundlegendem Werke über die partiarischen Rechtsgeschäfte[61]) als unumstößliches Gedankengut anerkannt[62]). Durch die Einführung und Anwendung des Begriffs der Gesellschaftsähnlichkeit erscheint aber die durch Crome gewonnene Klarheit der Unterscheidung gefährdet.

Beim Gesellschaftsverhältnis haben sich die Vertragschließenden auf Gedeih und Verderb für die Ausführung der gemeinschaftlichen Unternehmung verbunden (vgl. § 722 BGB.), so daß sie, sofern nicht ein anderes ausdrücklich bestimmt ist, bei ungünstigem Ausgang den Verlust anteilig tragen, bei günstigem die Vorteile gemeinsam genießen sollen. Beim partiarischen Rechtsgeschäft dagegen vereinigen sich nicht die Beteiligten zu gemeinschaftlichem Erwerb, sondern der eine macht den Gewinn für sich allein und tauscht nur einen Teil davon gegen die Leistungen des andern aus. Beim partiarischen Rechtsgeschäft fehlt der Wille der Parteien, sich gegenseitig als Genossen aufzunehmen und zu bestimmtem gemeinschaftlichem Zweck im Sinne des § 705 BGB. zusammenzuwirken. Vielmehr ist der Zweck für jede der Parteien durchaus verschieden, weil er von eigensüchtigen Zielsetzungen bestimmt wird.

---

[61]) Die partiarischen Rechtsgeschäfte, Freiburg 1907.

[62]) Crome a. a. O., S. 376; Hoeniger a. a. O., S. 272; Enneccerus II, 518; I, 26; Staub Anm. 22 zu § 335 HGB.; RG. 99, 163.

Nur weil der eine auf den anderen angewiesen ist, verbinden sie sich zum Umsatz von Gütern aus ihren beiderseitigen Machtbereichen, nicht aber, wie § 705 BGB. es voraussetzt, zu einer vertragsmäßigen Förderung gemeinschaftlicher Zwecke durch ein Zusammenwirken als Genossen[63]). Man spricht daher im einen Falle auch vom „Umsatzzweck", im anderen vom „Gesellschaftszweck".

Nun ist allerdings zuzugeben, daß gegenüber dieser rein begrifflichen Unterscheidung, die einfach und notwendig erscheint, im praktischen Wirtschaftsleben oft Fälle auftreten, bei denen die Klarlegung, ob es sich um Gesellschaft oder um partiarisches Rechtsverhältnis handelt, erheblichen Schwierigkeiten begegnet, weil die Interessen der Beteiligten ineinandergreifen, sich verflechten, in gleicher Richtung verlaufen oder einander ähnlich sind. Man muß daher nach bestimmten äußeren Merkmalen suchen, die für das Vorliegen des einen oder anderen von Bedeutung sind insofern, als darin der Ausdruck des wirklichen Parteiwillens erkannt werden kann. Für das Vorliegen einer Gesellschaft spricht in erster Linie der Einfluß auf den Geschäftsbetrieb, sodann das Recht auf Einsicht in die Bücher, wie überhaupt auf Überwachung des Unternehmens[64]). Eine tatsächliche Gemeinschaftlichkeit der Beteiligten muß vorliegen, und wenigstens eine bis zu gewissem Grade gemeinschaftliche Wirtschaftsorganisation muß festzustellen sein[65]). Es muß der Abschluß der zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks getätigten Geschäfte mindestens nach innen auf gemeinsame Rechnung erfolgen, und jeder Beteiligte muß als „Herr der Geschäfte" in Betracht kommen und sich selbst als Geschäftsgenossen empfinden und danach handeln[66]). Er darf nicht etwa nur am Geschäftsergebnis beteiligt sein. Zusammenfassend bedeutet dies alles: eine Gesellschaft kann nur dann gegeben sein, wenn eine grundsätzliche Gleichstellung der Beteiligten in Erscheinung tritt[67]).

Ein partiarisches Rechtsgeschäft aber wird man anzunehmen haben, wenn nur ein fester Anteil am Gewinn vereinbart ist[68]), wenn der Gewinnbeteiligte dem Unternehmen oder den einzelnen Geschäften als ein Fremder gegenübersteht, der keinen Einfluß und kein Kontrollrecht bezüglich der Geschäftsführung hat, und wenn die Geschäfte nicht als mit für den Gewinnbeteiligten abgeschlossen gelten[69]). Die scharfen Grenzen können allerdings unter Umständen schwer zu ermitteln sein.

Indessen gewinnen wir ein weiteres, tiefer greifendes Merkmal für das Erkennen der Grenze zwischen Gesellschaft und patriarischem Rechtsgeschäft aus dem oben[70]) dargestellten Gegensatz zwischen Synallagma und Sozietät. Der

---

[63]) Crome a. a. O., S. 146; Enneccerus II § 172 2 b.
[64]) Staudinger, Vorbem. 3 b zu § 607 BGB.; Seuff. Arch. Bd. 21 Nr. 120; Bd. 36 Nr. 35; Bd. 47 Nr. 133; RG. 20, 163.
[65]) Staudinger, Vorbem. II, 5 vor § 705 BGB.
[66]) RG. in LZ. 1909, 675; 1912, 861.
[67]) Oertmann, Schuldverh. Anm. 1 a zu § 705 BGB.
[68]) Crome a. a. O., S. 376 ff.
[69]) RG. 74, 132; 77, 226, 228; 99, 163; Warn. E. 1913, Nr. 211. — Düringer-Hachenburg Anm. 10 ff. zu § 335 HGB.; LZ. 1917, 133; Staudinger Vorb. II, 5 vor § 705 BGB.
[70]) s. ob. S. 19 ff.

partiarische Vertrag ist immer synallagmatisch, nur wird das Entgelt in besonderer, eben in partiarischer Weise berechnet. An der Natur der Leistung, d. h. also der synallagmatischen Leistung, ändert aber die partiarische Berechnungsweise nichts. Prüfen wir daher ein Geschäft auf seinen Gesellschafts- oder partiarischen Charakter hin nach den aufgestellten Unterscheidungsmerkmalen von Sozietät und Synallagma als mittelbarer und unmittelbarer Entgeltlichkeitsform, so darf, wenn das Geschäft Sozietät sein soll, niemals eine Leistung unmittelbar von der einen Vertragspartei auf eine andere übergehen, sondern muß stets erst in das vermittelnde Medium des Gesellschaftsvermögens fließen, um sich von da aus wieder in Form des Gewinns auf die Vertragsparteien zu verteilen. Für jedes partiarische Geschäft ist also die Unmittelbarkeit der Entgeltleistungen ein wesentliches Kriterium, das es scharf von der Gesellschaft unterscheidet, wenn andere Unterscheidungsmittel zu versagen drohen.

Mögen auch die Verhältnisse im Einzelfall noch so verwickelt liegen, so darf dies nicht dazu führen, die begrifflichen Grenzen überhaupt aufzugeben oder sie durch Verwendung eines Zwischenbegriffs zu verwischen. Wie die Gesellschaft kein partiarisches Rechtsgeschäft ist, so können partiarische Rechtsgeschäfte nicht Gesellschaft sein. Sie beginnen erst da, wo außerhalb der Gesellschaft zu andersartigen, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen selbstständig bestimmten Rechtsverhältnissen, wie z. B. Pacht-, Dienst- oder Darlehensverhältnissen[71]), das partiarische Moment hinzutritt und dadurch den Inhalt oder die Wirkungen jener Verhältnisse eigentümlich gestaltet und umbildet. Das Wesen des partiarischen Moments besteht darin, daß derjenige, durch dessen Beihilfe die Herstellung eines Produkts ermöglicht wird, eine Beteiligung am Ertrag dieses Produkts zugebilligt erhält[72]). Diese Beteiligung erfolgt als Gegenleistung für die Leistung von Arbeit und Kapital, aber nicht auf Grund gesellschaftlicher Teilhaberschaft. Das partiarische Rechtsgeschäft enthält also lediglich eine kraft Parteiwillens vereinbarte besondere Geschäftsklausel gegenüber dem Normaltyp des betr. Rechtsgeschäfts (z. B. Dienstvertrags oder Verlagsvertrags). Auf diese Weise entsteht eine besondere Art von Dienstvertrag, eine besondere Art von Verlagsvetrag, also eine Spezies gegenüber dem Genus, nicht aber ein anderes Genus oder eine diesem anderen Genus „ähnliche" Zwischenform.

Die reichsgerichtliche Begründung einer „Gesellschaftsähnlichkeit" aus dem Vorliegen einer Gewinnbeteiligung heraus ist daher abzulehnen.

b) Die übrigen Begründungen.

Aber auch die übrigen Begründungen, die das Reichsgericht für die Gesellschaftsähnlichkeit gibt, vermögen nicht zu befriedigen. Denn die Charakterisierung, es handele sich um eine auf längere Dauer begründete Interessenverknüpfung, die in besonderem Maße auf gegenseitigem Vertrauen beruhe, ist nicht nur auch ein Kennzeichen der echten Gesellschaft, sondern läßt sich auf jeden längeren Vertrag anwenden, der dem einen Teil Einwirkungsmöglichkeiten auf das Vermögen oder die Tätigkeit des andern gestattet, z. B.

[71]) Crome a. a. O., S. 37 ff.; 156 ff.; 365 ff.
[72]) Crome a. a. O., S. 27.

langjähriger Pachtvertrag, Dienstvertrag, Dauerlieferungsvertrag. Auf diese Vertragsformen, insbesondere auf Dauerlieferungsverträge den Begriff der Gesellschaftsähnlichkeit anzuwenden, hat aber das Reichsgericht selbst abgelehnt [73]). Dies entspricht auch der Rechtslage, insbesondere dem von den Parteien bei Abschluß des Vertrags bekundeten Willen, der nicht auf Vereinigung, sondern auf Austausch gerichtet war.

Der Begriff „Interessen v e r k n ü p f u n g" vermag überhaupt nichts Charakteristisches in Bezug auf eine Gesellschaftsähnlichkeit auszusagen, denn „verknüpft" sind die Interessen der Beteiligten sowohl bei der Gesellschaft als auch beim Austauschvertrag. Hier wie dort ist eine Verkettung der rechtlichen Beziehungen gegeben, denn die Vertragschließenden, die durch ihre Lebensbedürfnisse zusammengeführt werden, bleiben dabei auf jeden Fall für eine gewisse, wenn auch unter Umständen nur kurze Zeit miteinander verbunden, so lange nämlich, bis ihre Angelegenheiten abgewickelt sind und die persönliche Verkettung sich damit wieder löst. Beim Austauschvertrag verlaufen die Interessen zwar in entgegengesetzter Richtung, weil der Vorteil des einen den Nachteil des andern bedeutet, aber dennoch sind diese Interessen miteinander „verknüpft". Die rechtlichen Beziehungen der Vertragsparteien werden zwar beherrscht von Eigennutz, indem jeder seinen Vorteil nach Möglichkeit wahrt und auf den andern nur soweit Rücksicht nimmt, als Treu und Glauben es ihm gebieten, aber diese entgegengesetzt-eigennützigen Interessen haben notwendigerweise auch einen Schnittpunkt — sind durch die persönliche Verkettung der Beteiligten irgendwie miteinander „verknüpft". Bei der Gesellschaft dagegen sind die Interessen nicht nur „verknüpft", sondern teilweise sogar „vereinigt". Auch hier verfolgen die Beteiligten letzten Endes eigennützige Ziele (vor allem bei den Erwerbsgesellschaften des Wirtschaftslebens), aber hier stehen sie nicht „gegenüber", sondern sie sind „in gleicher Richtung" eingestellt, weil sie sich zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes verbunden haben. Auch hier herrscht Eigennutz, denn der gemeinsame Gewinn kommt mittelbar jedem Einzelnen zugute, und entsprechend verhält es sich umgekehrt mit dem Verlust. Dieser Gewinn- und Verlustgemeinschaft gemäß wäre daher statt von einer Interessen v e r k n ü p f u n g treffender von einer Interessen g e m e i n s c h a f t zu reden, wenn man eine Bezugnahme auf Gesellschaftsartiges mit diesem Begriff zum Ausdruck bringen will. Aber auch damit wäre eine befriedigende Charakterisierung der Gesellschaftsähnlichkeit nicht gewonnen, denn der Begriff „Interessengemeinschaft" wird heute einerseits in so weitgehendem Sinne gebraucht, daß man fast jedes irgendwie geartete Zusammengehen von Interessenten

[73]) Gruch. Beitr. Bd. 51 S. 954 ff. = JW. 1907, 103 Nr. 5. Für die entgegengesetzte Meinung kann RG. in Warn. 1929 Nr. 22 nicht herangezogen werden, denn dort handelt es sich um das Rechtsverhältnis zwischen dem A b n e h m e r und dem U n t e r a b n e h m e r bei einem Dauerlieferungsvertrag. Da beide von der Lieferfähigkeit des H a u p t l i e f e r a n t e n abhängig waren, mochte eine gewisse Bezugsgemeinschaft im Sinne des Reichsgerichts angenommen werden. Auch die Entscheidung des OLG. Dresden (Seuff. Arch. Bd. 75, Nr. 5) ist nicht einschlägig, denn hier handelte es sich um die g e m e i n s a m e W a s s e r v e r s o r g u n g dreier Nachbargemeinden, die sich in die Form eines Dauerlieferungsvertrags hüllte.

damit bezeichnet[74]), andereseits wieder versteht man darunter den engen Kreis konzernmäßiger Gewinngemeinschaften, wie er uns im modernen Wirtschaftsleben entgegentritt.

Was schließlich Vertrauensverhältnis und Dauer anbetrifft, so kann zwischen diesen beiden ein notwendiger Zusammenhang nicht erkannt werden. Mit dem Begriff „Vertrauensverhältnis“ kennzeichnet das Reichsgericht eine bestimmte Art rechtlicher Beziehungen, die etwas ganz anderes zum Inhalt haben, als der juristische Sprachgebrauch gewöhnlich mit dem Wort „Vertrauen“ verbindet. Das Vertrauen, das nach Ansicht des Reichsgerichts auf eine Gesellschaftsähnlichkeit hinweist, hat nichts zu tun mit dem „Vertrauen auf die Gültigkeit einer Erklärung“ (§ 122 BGB.) oder mit dem „Vertrauen auf äußere Tatbestände“, an das vom Gesetz bestimmte Wirkungen geknüpft werden (z. B. gutgläubiger Fahrniserwerb vom Besitzer). Das hier in Frage kommende Vertrauen ist auch etwas anderes als das gewöhnliche Vertrauen auf redliche Erfüllung des Vertragsgegners. Im einzelnen soll später[75]) auf das Vertrauensverhältnis eingegangen werden. Hier sei nur soviel gesagt, daß es jedenfalls eine besonders nahe Verbundenheit zwischen den Beteiligten herstellt, wobei die Persönlichkeitswerte der Vertragschließenden, insbesondere desjenigen, dem das Vertrauen entgegengebracht wird, eine maßgebende Rolle spielen.

Vertrauensverhältnisse müssen keineswegs immer von längerer Dauer sein[76]). Sie können zwar auf Dauer geschlossen werden — und dies wird sehr häufig der Fall sein — aber sie müssen es nicht. Es treten sehr wohl Vertrauensverhältnisse in Erscheinung, die sich in einer einzigen und einmaligen Handlung abwickeln, man denke z. B. an Aufträge vertraulichen Charakters. Umgekehrt sind auch Dauerverhältnisse möglich, die eines besonderen Vertrauensmomentes entbehren. Der Vermieter, der mit dem Mieter einen langfristigen Mietvertrag abschließt, wird in vielen Fällen kein Vertrauensverhältnis darin erblicken und sich lediglich von wirtschaftlichen Erwägungen beim Vertragsschluß leiten lassen, ohne der Persönlichkeit des Kontrahenten mehr Beachtung zu schenken, als etwa dem Käufer eines größeren Postens Ware.

Vertrauen und Dauer können also vereinigt sein, wie es gerade bei der Gesellschaft in besonderem Maße der Fall ist. Ein jedes Vorhandensein von Vertrauen oder von Dauer aber als Merkmal der „Gesellschaftsähnlichkeit“ zu betrachten, kann nicht als zulässig erachtet werden.

Wenn demnach die vier Tatbestandsmomente Gewinnbeteiligung, Interessenverknüpfung, Vertrauensverhältnis und Dauerverbindung keinen zwingenden Hinweis auf einen gesellschaftsartigen Einschlag bedeuten, so bleibt zu prüfen, ob ihr Vorliegen nicht vielleicht aus anderen Erwägungen heraus eine analoge Anwendung des in § 723 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 BGB. zum Ausdruck gelangten gesetzgeberischen Gedankens rechtfertigt, ohne daß es hierzu der Gesellschaftsähnlichkeit bedarf.

---

[74]) J. v. Gierke, Handelsrecht, S. 552.

[75]) unter VI 5 d Seite 42 ff.

[76]) a. A.: Rumpf, Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, Arch. ziv. Pr., Bd. 119, S. 21 ff.

3. Die ratio legis des § 723 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 BGB.

„Ist eine Zeitdauer bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt". (§ 723 Abs. 1 Satz 2 BGB.).
„Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig". (§ 723 Abs. 3 BGB.).

Der Sinn dieser beiden Bestimmungen ist der folgende: Gesellschaftsverhältnisse beruhen auf vertragsmäßiger Interessenverknüpfung[77]), und ihr Ziel ist die Förderung eines gemeinsamen Zwecks. In der überwältigenden Mehrzahl der Fälle bedeutet dies eine Verbindung auf längere Dauer, sei es, daß der Zweck ein einmaliger ist, bei dem aber die Schwierigkeiten, die seiner Erreichung entgegenstehen, nur nach und nach durch Beharrlichkeit überwunden werden können (wie z. B. beim Bau einer Brücke), sei es, daß der Zweck ein fortlaufender ist, der sich nicht in einem einmaligen Ergebnis erschöpft, sondern dessen Verfolgung sich ständig aus sich selbst heraus erneuert (wie z. B. beim Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens). Weil die Beteiligten mit dieser Dauer rechnen, wird häufig eine längere Vertragszeit von vornherein vereinbart. Wer seine Interessen mit denen anderer zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks auf längere Zeit hinaus verknüpft, der tut dies, getragen von Zuversicht und Vertrauen, daß diejenigen, mit denen er sich verbindet, auch für diese Verbindung geeignet seien, und daß der Erfolg gemeinsam mit ihnen erreicht werden könne, denn die Vereinigung geschieht ja „auf Gedeih und Verderb", d. h. Gewinn und Verlust werden gemeinsam getragen. Wird dieses Vertrauen aber getäuscht oder die Zuversicht zunichte gemacht, will oder kann der Partner oder einer der mehreren Partner das, was er versprochen hatte, nicht halten, so bedeutet dies eine so schwerwiegende Veränderung der gesellschaftlichen Gesamtsituation, daß dem seinen Vertragspflichten nachkommenden Teil eine weitere Bindung nicht zugemutet werden kann, denn das erstrebte Ziel kann er mit diesem Partner nicht erreichen, seine Interessen werden also durch die Verbindung mit ihm geschädigt, und je länger sie dauert, umso mehr wächst die Gefahr der ihm drohenden Verluste. Diese Veränderung aber ist so „wichtig" für ihn, daß er die Bindung sofort muß lösen können, und daß diesem Erfordernis auch keinerlei gegenteilige Vereinbarungen entgegenstehen dürfen. Die Einhaltung einer Kündigungsfrist kann nicht mehr von ihm verlangt werden.

4. Die Ziele der reichsgerichtlichen Rechtsprechung.

a) Grundsätzliche Anerkennung.

Wir sehen also, daß die sich wechselseitig bedingenden Momente Interessenverknüpfung, Vertrauensverhältnis und Gemeinschaft von Gewinn und Verlust, endlich das gesellschaftsrechtliche Akzidens einer Dauerverbindung — für unsere Frage aber gerade punctum saliens — in der Tat die leitenden Gesichtspunkte für die ratio legis des § 723 BGB. sind, so daß eine analoge Anwendung dieser Norm auf Rechtsverhältnisse, bei denen dieselben Voraus-

---

[77]) bezw. Interessengemeinschaft.

setzungen vorliegen, durchaus begründet erscheint, wenn man von dem Begriff der „Gesellschaftsähnlichkeit" zunächst einmal absieht. Was das Reichsgericht dabei erstrebt, ist vor allem, eine Möglichkeit zu schaffen, um bei langfristigen Verträgen eine nicht mehr zumutbare Bindung des einen Teils zu beseitigen, ohne, wie beim Rücktritt, die bisherige Wirkung des Vertrags zu zerstören. Ein Rücktritt „ex nunc" soll mit dieser Rechtsprechung geschaffen werden, während der gewöhnliche Rücktritt ja „ex tunc" wirkt, d. h. den Vertrag auch für die Vergangenheit auflöst und damit seine schon eingetretenen Wirkungen entkräftet, ganz abgesehen davon, daß bei der Gesellschaft wie bei allen Dauerschuldverhältnissen[78]) für ein Rücktrittsrecht aus §§ 325, 326 BGB. nur Raum ist, solange mit der Dauerleistung noch nicht begonnen ist, während, wo das Gesetz fristlose Kündigung zuläßt, das Rücktrittsrecht durch das Kündigungsrecht aufgezehrt wird[79]). Wo bei einem solchen Schuldverhältnis infolge vertragswidrigen Verhaltens eines Teils dem anderen Teil das Festhalten am Vertrage nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, will das Reichsgerichts, falls das Gesetz keine unmittelbar anwendbare Bestimmung enthält, durch entsprechende Anwendung der Vorschriften über die fristlose Kündigung helfen[80]). Eine Fehlerquelle menschlichen Kalkulierens soll dadurch ausgeglichen werden, wie sie ähnlich in der Erscheinung der „Geschäftsgrundlage" von der Rechtsprechung berücksichtigt worden ist[81]). Und weiterhin soll eine Treupflicht und Rechenschaftspflicht begründet werden, wie wir sie im Treuhandgedanken verankert finden[82]). Wenn daher das Reichsgericht die analoge Anwendung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften zuläßt, in dem Bestreben, auch in Fällen, die dem Gesellschaftsrecht nicht unmittelbar unterstehen, der Interessenlage der Parteien in sinnentsprechender Weise gerecht zu werden, so geschieht dies aus dem Bewußtsein richterlicher Verantwortung heraus und getragen von der Überzeugung, daß die Tätigkeit des Richters weniger ein starres Festhalten an juristischen Begriffsbildungen erheischt, wie sie sich im Gesetze vorfinden oder von der Wissenschaft entwickelt worden sind, als vielmehr der Interessenlage der Rechtssuchenden nach bester Möglichkeit gerecht zu werden, und sei es auch auf Grund einer selbständigen und schöpferischen Rechtsfindung. Die Ziele, die das Reichsgericht mit dieser Rechtsprechung verfolgt, erweisen sich also als unbedingt erstrebenswert, und es wäre verfehlt, wegen begrifflicher Bedenken diese an sich gesunden Ziele abzulehnen.

b) Systematische Bedenken.

So gerechtfertigt aber der reichsgerichtliche Versuch als Anbahnung einer fruchtbaren Rechtsprechung auch ist, die systematischen Einwendungen können nicht ganz außer Acht gelassen werden, denn systematisch kann der vom Reichs-

[78]) Nähere Darlegungen s. u. S. 37 ff.

[79]) O. v. Gierke, Dauerschuldverhältnisse, Iher. Jahrb. Bd. 64, S. 390.

[80]) Siehe RG. 78, 389 für einen Dauerlieferungsvertrag besonderer, nicht „gesellschaftsähnlicher" Art.

[81]) Über den Unterschied zwischen dem Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde und den Gesichtspunkten der Geschäftsgrundlage siehe Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, S. 43 ff.

[82]) Siehe hierüber Franz Beyerle a. a. O., S. 1 ff.

gericht beschrittene Weg nicht befriedigen. Der Ausdruck „Gesellschaftsähnlichkeit“ erweist sich als zu unbestimmt, zu inhaltsleer. Denn die Berührung mit der Gesellschaft liegt nicht im typisch Gesellschaftlichen, sondern in allgemeinen Erscheinungen, die der Gesellschaft allerdings auch eigentümlich sind. Mit dem gleichen Recht könnte man auch an anderen Punkten des Gesellschaftsrechts Analogieschlüsse ziehen. So könnte man etwa Vertragsverhältnisse als „gesellschaftsähnlich“ bezeichnen, bei denen die Beitragsleistung oder die Rechenschaftspflicht eine Rolle spielt, wie z. B. beim Verein, bei Spiel oder Wette. Wir wollen daher versuchen, systematisch zu einer anderen Beurteilung der Grundlagen zu gelangen, die das Reichsgericht für eine analoge Anwendung des § 723 BGB entwickelt hat, ohne seine Ergebnisse preisgeben zu müssen. Mit anderen Worten: wir wollen versuchen, die Rechtsverhältnisse, die das Reichsgericht bisher als „gesellschaftsähnlich“ bezeichnet hat, einer anderen, umfassenderen Gruppe von Rechtsverhältnissen unterzuordnen, indem wir zwischen der Gesellschaft und den „gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnissen“ nach einem Dritten, Gemeinsamen, nach einem tertium comparationis suchen.

5. Ermittlung eines Oberbegriffs für Gesellschaft und „gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse“ als Grundlage der Analogie.

A. Das Wesen der Analogie im allgemeinen.

Denn Analogie beruht immer auf folgendem Verfahren: Derjenige Tatbestand, der beurteilt werden soll („gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse“) und derjenige Tatbestand, dessen Normen übertragen werden sollen (echte Gesellschaftsverhältnisse), werden auf einen gemeinsamen Oberbegriff zurückgeführt. Sodann wird festgestellt, wie weit die Normen, die nur für den einen engeren Tatbestand im Gesetz aufgestellt sind, lediglich von dem Oberbegriff, also dem weiteren, übergeordneten Tatbestande, abhängig und demnach von differenzierenden Momenten des engeren Tatbestandes unabhängig sind. Ist dies ermittelt und sind demnach die Normen festgestellt, die allein dem oberen, gemeinsamen Tatbestande zugehören, so ergibt sich daraus, daß diese Normen dann auch auf den zu untersuchenden, anderen engeren Tatbestand angewendet werden müssen. Zurückführung auf den Oberbegriff und Anwendung auf eine andere Untergruppe ist das typische Verfahren der Analogie.

B. Anwendung der Analogie auf das gegebene Problem.

a) Ablehnung der Gewinnbeteiligung als begriffsbildendes Element.

Diesen Oberbegriff also gilt es jetzt zu ermitteln. Dabei ist zunächst das Moment der G e w i n n b e t e i l i g u n g überhaupt auszuschalten. Unsere Untersuchungen über die partiarischen Rechtsgeschäfte in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft haben ergeben, daß zwischen beiden trotz häufiger äußerlicher „Ähnlichkeit“ im Innern ein grundlegender Gegensatz besteht. Synallagma und Sozietät kommen hierbei entscheidend zum Ausdruck. Zwischen ihnen gibt es zwar auch etwas Gemeinsames: wir haben es als das Moment der Entgeltlich-

keit kennen gelernt, deren unmittelbare Form das Synallagma, deren mittelbare die Sozietät ist. Aber die Entgeltlichkeit ist ein viel zu weit reichender Oberbegriff, um für die Frage nach der Möglichkeit analoger Anwendung des § 723 BGB. in Betracht zu kommen. Die Entgeltlichkeit umspannt den großen Bezirk zwischen Synallagma und Sozietät, den ganzen Bereich zwischen den Grundformen Austausch und Vereinigung. Auf die Entgeltlichkeit haben die Vorschriften des § 723 BGB. überhaupt keinen Bezug oder höchstens den, daß, wenn ein Gesellschafter das von ihm zu leistende Entgelt nicht leisten will oder kann, es dem Partner nicht zugemutet werden soll, seinerseits unentgeltlich zu leisten, sodaß ihm die Möglichkeit gegeben wird, wenn andere gesetzliche Handhaben versagen, die Fesseln der vertraglichen Bindung abzustreifen. Aber diese Beziehung zur Entgeltlichkeit ist so allgemeiner Natur und äußert sich in ähnlicher oder entsprechender Weise an so vielen anderen Stellen unserer Rechtsordnung (man denke nur an allgemeine Vorschriften, wie die über die Unmöglichkeit der Leistung), daß eine Förderung unserer Untersuchung daraus nicht entnommen werden kann.

b) **Ablehnung der Interessenverknüpfung als begriffsbildendes Element.**

Und ebenso ist das Moment der Interessenverknüpfung auszuschalten. Interessenverknüpfungen finden sich bei so zahlreichen und verschiedenartigen Rechtsverhältnissen des Wirtschaftslebens, daß daraus nicht ein übergeordneter Typus für Gesellschaft und „gesellschaftsähnliche Vertragsverhältnisse“ hergeleitet werden kann. Eine Interessenverknüpfung ist vor allem auch bei den Dauerlieferungsverträgen gegeben, für die, wie wir gesehen haben, das Reichsgericht gerade die Gesellschaftsähnlichkeit abgelehnt hat.

Es sind somit für unsere Betrachtung nur noch Vertrauensverhältnis und Dauerverbindung von Belang, und aus ihrer Vereinigung läßt sich der gesuchte Oberbegriff gewinnen.

c) **Dauerverbindung als begriffsbildendes Element.**

aa) Begriff und Wesen des Dauerschuldverhältnisses.

Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses ist seit Otto von Gierke, der als Erster auf diese Erscheinung hingewiesen hat[83]), eine feststehende Kategorie in Literatur und Rechtsprechung. Maßgebend für die begriffliche Unterscheidung zwischen dem Dauerschuldverhältnis und dem vorübergehenden Schuldverhältnis ist die Frage, ob die den Inhalt von Schuld und Forderung bildende Leistung in einem Zeitpunkte oder während eines Zeitraumes bewirkt werden sollen. Ein vorübergehendes Schuldverhältnis liegt vor, wenn die Verpflichtung des Schuldners sich darauf konzentriert, die Leistung in einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen, ein dauerndes Schuldverhältnis dagegen, wenn der Schuldinhalt in einer Leistungs-

---

[83]) Dauernde Schuldverhältnisse, Iher. Jahrb. 64, 355 ff. Vgl. auch Silberschmidt, Die Zeitdauer als Einteilungsgrund der vertraglichen Schuldverhältnisse, in Zeitschr. f. Rechtspfl. i. Bay. 1916, S. 369 ff.

pflicht besteht, die sich auf einen Zeitraum erstreckt. Ein vorübergehendes Schuldverhältnis ist daher immer dann gegeben, wenn die zu erbringende Leistung in einer einmaligen Handlung besteht, denn diese kann nur in einem bestimmten Zeit p u n k t vollbracht werden, so die Zahlung einer Geldsumme, die Hingabe einer Sache, die Begründung, Abtretung oder Aufhebung eines Rechts[84]). Beim Dauerschuldverhältnis dagegen handelt es sich um eine fortlaufend sich erneuernde Leistungspflicht, die erst dann zur Ruhe kommt, wenn der Zeitraum, innerhalb dessen die Leistungen zu erbringen waren, vollendet ist. So ist häufig eine U n t e r l a s s u n g s p f l i c h t Gegenstand eines Dauerschuldverhältnisses, denn das Unterlassen wird hier in jedem Augenblick, d. h. ununterbrochen geschuldet[85]) [86]). Dauerschuldverhältnisse, die Unterlassungspflichten zum Inhalt haben, finden wir z. B. bei Konkurrenzklauseln, bei Kartellen, bei Grunddienstbarkeiten, kurz überall dort, wo Verpflichtungen zur Nichtvornahme oder Duldung bestimmter Handlungen übernommen werden. Unterlassen wird dabei entweder eine eigene Handlung oder das Einschreiten gegen Handlungen eines anderen. Dauerschuldverhältnisse sind ferner gegeben bei einem f o r t g e s e t z t e n p o s i t i v e n V e r h a l t e n, sei es zwecks Beschaffung eines dauernden Sachgenusses (Miete) oder Sachgebrauchs und Fruchtgenusses (Pacht), sei es zwecks dauernder Arbeitsleistung wie Aufbewahrung (Verwahrungsvertrag), Dienstleistung (Dienstvertrag) u. dergl. Dauerschuldverhältnis kraft positiven Verhaltens ist aber vor allem die uns hier interessierende G e s e l l s c h a f t, denn die Gesellschafter verpflichten sich auf Dauer zur Förderung des gemeinsamen Zwecks Und schließlich können Dauerschuldverhältnisse gegeben sein bei Verpflichtungen zu w i e d e r k e h r e n d e n L e i s t u n g e n gegen Dauerleistung, handle es sich nun um Zahlung eines Miet- oder Pachtzinses, eines Gehalts, Lohnes oder Gewinnanteils.

Dauerschuldverhältnisse unterliegen einer eigenen Gesetzmäßigkeit hinsichtlich ihrer Beendigung. Das äußert sich zunächst darin, daß der Z e i t a b l a u f ihr normaler Beendigungsgrund ist, während vorübergehende Schuldverhältnisse durch E r f ü l l u n g enden. Wenn z. B. bei einem langfristigen Mietvertrag der Mieter zu den vertragsmäßigen Zeitpunkten den jeweils fälligen Mietzins zahlt, so erlischt damit immer nur das einzelne auf Zahlung gerichtete Forderungsrecht. Das Schuldverhältnis dagegen bleibt bestehen, solange der vereinbarte Zeitraum noch nicht verstrichen ist; erst mit Beendigung der Vertragszeit ist auch das Dauerschuldverhältnis beendet. Es kann zwar

---

[84]) Ratenzahlung eines Kaufpreises oder sukzessive Tilgung einer Darlehnsschuld verändern trotz mehrmaligen Handelns nicht den Charakter des Kaufs oder Darlehns als eines vorübergehenden Schuldverhältnisses.

[85]) Es gibt auch vorübergehende Unterlassungspflichten, wie z. B. die Verpflichtung zur Stimmenthaltung bei einer Abstimmung oder zum Nichtmitbieten bei einem Versteigerungstermin.

[86]) Aus Dauerschuldverhältnissen können allerdings wieder vorübergehende Schuldverpflichtungen entspringen, so z. B. gerade im Falle einer Unterlassungspflicht dann, wenn ihre Verletzung durch Zuwiderhandlung eine Schadensersatzpflicht oder die Pflicht zur Zahlung einer Vertragsstrafe zur Folge hat. Beides sind vorübergehende Schuldverpflichtungen, denen gegenüber die Unterlassungspflicht selbst als Dauerverpflichtung fortbestehen bleibt.

noch Nachwirkungen äußern, so z. B. wenn der Mieter für den letzten Zeitabschnitt den Mietzins nicht entrichtet hat; das eigentliche Mietverhältnis aber ist durch den Ablauf der Vertragszeit — und nur durch diesen — erloschen.

Bei allen Dauerschuldverhältnissen kann der Zeitraum ihres Bestandes von vornherein vereinbart sein, sei es, daß ein bestimmter Termin für die Beendigung verabredet ist, sei es, daß diese vom Eintritt eines in der Zukunft liegenden ungewissen Ereignisses (Bedingung im Rechtssinne) abhängig gemacht wird, oder daß das Dauerschuldverhältnis auf Lebenszeit des einen oder andern der Vertragsschließenden begründet wird[87]. Möglich ist auch, daß sein Bestand von der Erreichung eines vereinbarten Zwecks[88]) oder von der Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses abhängig gemacht wird. Und ebenso können alle Dauerschuldverhältnisse für unbestimmte Zeit ins Leben gerufen werden, dann ist ihre Dauer zwar unbegrenzt, aber stets begrenzbar.

Bei allen Dauerschuldverhältnissen kann ferner die ursprünglich vereinbarte Geltungszeit späterhin verlängert werden, sei es kraft vertraglicher Bestimmung, sei es kraft gesetzlicher Vorschrift. Dabei erfolgt die Verlängerung entweder in der Weise, daß sie unter den Parteien ausdrücklich vereinbart wird oder daß sie auf Grund eines bestimmten tatsächlichen Verhaltens nach Ablauf der ursprünglichen Vertragszeit als von ihnen gewollt zu betrachten ist[89]).

Und schließlich ist auch bei allen Dauerschuldverhältnissen eine rechtsgeschäftliche **Verkürzung** gegenüber dem ursprünglich vereinbarten Zeitraum möglich. Sie erfolgt bisweilen durch Vereinbarung, meist aber durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Hier ist vor allem die **Kündigung** zu nennen, die ein unentbehrliches Gegengewicht gegenüber der fortwirkenden Bindungskraft dauernder Schuldverhältnisse bedeutet. Die normale Kündigung ist Fristsetzung für die Zukunft. Sie ist gebunden an eine gesetzliche oder vertragsmäßige Kündigungsfrist, die zwischen ihr und dem Kündigungstermin mindestens verstreichen muß, ehe das Dauerschuldverhältnis erlischt. Häufig ist sie nur zu bestimmten Kündigungsterminen zulässig[90]).

bb) Die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen.

Neben dieser eigentlichen oder normalen Kündigung aber gibt es die für unseren Gegenstand allein wesentliche **unbefristete Kündigung**, die „Kündigung ohne Kündigungsfrist", die man auch „Kündigung auf sofort" genannt hat. Gleich der eigentlichen Kündigung beendet sie das Schuldverhältnis, ohne seine bisherige Wirksamkeit in Frage zu stellen[91]). Nur hat sie nicht ein künftiges, sondern ein sofortiges Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge. Die Kündigung auf sofort ist bei manchen Schuldverhältnissen nach der

---

[87]) Gierke a. a. O., S. 378, Anm. 34.
[88]) Ebenda, S. 379, Anm. 35.
[89]) Ebenda, Anm. 36.
[90]) Gierke a. a. O., S. 381 Anm. 39.
[91]) Anders der Rücktritt, der den Vertrag auch für die Vergangenheit auflöst und seine schon eingetretenen Wirkungen entkräftet.

gesetzlichen Regel stets zulässig. So für jeden Fall beim Auftrag, § 671 BGB.[92]); beim Dienstvertrag in den Fällen des § 623 Halbs. 1 und des § 627 BGB.; bei der auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, §§ 723, 724 BGB.; beim Kontokorrentvertrag, § 355 Abs. 3 HGB.; beim Lehrlingsvertrag während der Probezeit, § 77 Abs. 2 HGB., § 727 Abs. 1 Gew.O.; desgleichen bei der Leihe und dem Verwahrungsvertrag auf unbestimmte Zeit, während im Falle einer Zeitbestimmung nur der Entleiher oder der Verwahrer [93]) stets fristlos kündigen kann, § 604 Abs. 2, §§ 695, 696 BGB. Bei jedem Werkvertrag kann der Besteller nach Belieben fristlos kündigen, § 649 BGB. Desgleichen bei der Lebensversicherung der Versicherungsnehmer [94]), § 165 VVG.

Bei anderen Dauerschuldverhältnissen kann die Kündigung auf sofort aus einem wichtigen Grunde ohne Rücksicht auf die vereinbarte Zeitdauer oder auf die vereinbarte oder gesetzliche Kündigungsfrist jederzeit erfolgen. Und damit sind wir bei unserem eigentlichen Problem angelangt: der Frage, inwieweit die fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde als ein typisches Merkmal der Dauerschuldverhältnisse zu betrachten ist.

Eine Fülle von gesetzlichen Vorschriften bietet sich unserer Betrachtung dar, in denen wir dieses Merkmal in der Tat bestätigt finden. Generell wird auf „wichtigen Grund" für die fristlose Kündigung abgestellt:

beim Dienstvertrag im allgemeinen: § 626 BGB.,

beim Arbeitsverhältnis
des Handlungsgehilfen: § 70 Abs. 1 HGB.,
des Handlungslehrlings: § 77 Abs. 3 HGB. [95]),
des Handlungsagenten: § 92 Abs. 2 HGB.,
des höheren gewerbl. Angestellten: § 133 b Gew.O.,
des Binnenschiffers: § 20 Abs. 3 BiSchG.,
des Floßführers: § 16 Abs. 3 FlG.,
des Gesellen oder Gehilfen: § 142 b Gew.O. [96]).

In einigen von den genannten Fällen verweist das Gesetz ausdrücklich noch auf spezielle Gründe [97]), so

für das Arbeitsverhältnis
des Handlungsgehilfen: §§ 71, 72 HGB.,
des höheren gewerblichen Angestellten: §§ 133 c, d, Gew.O.,
des Binnenschiffers: § 20 Abs. 3 BiSchG.,
des Floßführers: § 16 Abs. 3 FlG.,
des Handelslehrlings: § 77 Abs. 3 HGB.,
des Gewerbelehrlings: § 127 b Abs. 2, 3 Gew.O.,
des Gesellen: § 123 Gew.O.,
des Gehülfen: § 124 Gew.O.,

---

[92]) Der „Widerruf" des Auftragsgebers ist in Wahrheit auch fristlose Kündigung.

[93]) außer beim Lagerhalter,

[94]) allerdings nur zum Schluß der laufenden Versicherungsperiode.

[95]) nach Ablauf der Probezeit.

[96]) unter bestimmten Voraussetzungen.

[97]) Bei der Kündigung des Dienstverhältnisses nach § 626 BGB. geschicht dies nicht, jedoch finden sich an zwei anderen Stellen des Gesetzes (§§ 628, 717) beiläufig solche Gründe angeführt.

des Fabrikarbeiters: §§ 134 Abs. 1, 134 b Nr. 3 Gew.O.,
der Floßmannschaft: § 21 Abs. 2 FlG.,
der Binnenschiffsmannschaft: § 25 Abs. 1 BiSchG.,
der Seeschiffahrtsmannschaft: §§ 57, 61, 62 SeemO.

Ein Recht auf fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde hat ferner:

der Beauftragte, der auf sein freies Kündigungsrecht verzichtet hat: § 671 Abs. 3 BGB.,
der Mieter in den Fällen der §§ 542, 544 BGB.,
der Vermieter in den Fällen der §§ 553, 554 BGB.,
der Verleiher: § 605 BGB.,
der Unternehmer eines Werks im Falle des § 643 BGB.,
der Verwahrer im Falle des § 696 Abs. 2 BGB.,
der Lagerhalter im Falle des § 422 Abs. 2 HGB.

Außerdem besteht ein Recht auf fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde im Gesellschaftsrecht:

bei der Offenen Handelsgesellschaft: § 133 HGB.,
bei der Kommanditgesellschaft: § 161 Abs. 2 HGB.,
bei der Stillen Gesellschaft: § 339 Abs. 1 HGB.,

und schließlich in einer Reihe von Spezialgesetzen, so z. B.

im Verlagsrecht für den Verleger nach § 18 VerlG.,
für den Verfasser nach § 45 VerlG.,

im Versicherungsrecht für den Versicherer nach §§ 24 und 39 (mit § 175) VVG., für den Versicherungsnehmer nach §§ 70 Abs. 2—3, 96, 113 und 158 VVG, und § 899 Abs. 3—4 (mit § 900) HGB. usw.

Wir sehen also, daß bei den Dauerschuldverhältnissen die fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde auf einer so breiten gesetzgeberischen Grundlage entwickelt ist, daß man sie mit Recht als ein kennzeichnendes Merkmal der Dauerschuldverhältnisse überhaupt bezeichnen kann. Wenn daher das Moment der Dauerverbindung in den Entscheidungen des Reichsgerichts zur Frage der gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisse, die, wie wir gesehen haben, im wesentlichen Entscheidungen zur Frage der analogen Anwendung des § 723 BGB. auf diese „ähnlichen" Rechtsverhältnisse sind, eine so maßgebende Rolle spielt, so erweist sich dies im Hinblick auf die bei den Dauerschuldverhältnissen entwickelte Tendenz, eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde in weitestgehendem Umfange zuzulassen, als durchaus gerechtfertigt. Das Moment der Dauerverbindung ist somit geeignet, bei der Bildung eines Oberbegriffs für Gesellschaft und „gesellschaftsähnliche" Rechtsverhältnisse gestaltend mitzuwirken.

Indessen darf man sich nicht verhehlen, daß die Bezugnahme auf die D a u e r der vertraglichen Bindung, auf die Unterscheidung also, ob die geschuldete Leistung in einem Zeitpunkt oder während eines Zeitraumes zu erbringen ist, für sich allein eine immerhin etwas äußerliche Kennzeichnung bedeutet, die über das tiefere Wesen und den eigentlichen Inhalt dieses Schuldverhältnisses nichts auszusagen vermag. Das führt uns ergänzend auf das zweite Moment der reichsgerichtlichen Begründung: das V e r t r a u e n.

d) Vertrauensverhältnis als begriffsbildendes Element.

Vertrauen bedeutet die von einer gefühlsmäßigen Sicherheit getragene Überzeugung, daß derjenige, dem das Vertrauen entgegengebracht wird, für die in Frage kommenden Rechtsbeziehungen die geeignete Persönlichkeit sei. Die Anschauung, daß das Recht nur äußere Funktionen aufweise, daß es lediglich das äußere Verhalten der Menschen, ihr Handeln, ihr Tun und ihr Unterlassen zu regeln haben, ohne Bezugnahme auf seelische Momente, auf Gesinnungen und Gefühle, entspricht einer allzu engen Auffassung von Wesen und Idee einer Rechtsordnung. Der Arzt, der Anwalt, der Treuhänder, der Sachverständige, der Wirtschaftsberater — ihnen allen und vielen anderen wird mehr entgegengebracht als der bloße Kontrahierungswille des Vertragsgegners. Bei allen Rechtsgeschäften mit Vertrauenscharakter handelt es sich nicht bloß um „Offerte" und „Annahme", um „Forderung" und „Schuld", um „Anspruch" und „Erfüllung". Bei all diesen Rechtsgeschäften sind tiefere, rechtsethische Momente mit im Spiel. Gewiß muß auch der Vertrauensträger in der Regel ein Entgelt für seine Tätigkeit finden — aber darüber hinaus sind ihm auch die Interessen seines Vertragspartners „anvertraut". Gerade dies macht seine Stellung zu einer besonderen, denn der Ausgleich der ihm anvertrauten Interessen mit seinen eigenen verpflichtet ihn zu besonderer Redlichkeit, Zuverlässigkeit, Ehrbarkeit, wobei sein „pflichtgemäßes Ermessen" eine bedeutende Rolle spielt. Wir nennen alle diejenigen Geschäfte, bei denen das Vertrauen in dieser Weise in Erscheinung tritt, mit Rumpf[98]) wirtschaftsrechtliche *Vertrauensgeschäfte*.

Daß die „Vertrauensgeschäfte" *lediglich* im Gefühlsmäßigen wurzelten, will damit durchaus nicht gesagt sein. Aber dadurch, daß das Vertrauen im Wirtschaftsverkehr kein unkritisches ist, hört es nicht auf, Vertrauen zu sein, sondern paßt sich nur dem Charakter des Rechts- und Geschäftslebens an. Es ist vielleicht etwas „derber" als das private Vertrauen des außergeschäftlichen Lebens, weil es häufig durch „sichernde Maßnahmen", wie sie zumal im Wirtschaftsleben üblich sind, unterbaut ist. Gleichwohl prägt sein Vorhandensein die Eigenart bestimmter Reichtsverhältnisse.

Vertrauensverhältnisse unterscheiden sich in doppelter Hinsicht von den gewöhnlichen Rechtsverhältnissen. Das persönliche Moment, das bei ihnen besonders stark ausgeprägt ist, verpflichtet zunächst beim Vertragsschluß zu besonderer Offenheit gegenüber dem Vertrauenden. Diese gesteigerte Offenbarungspflicht, aus der sich häufig die Grundlage für das ganze Vertrauensverhältnis entwickelt, gebietet eine erhöhte Zuverlässigkeit und Redlichkeit. Vertrauensverhältnisse erfordern ferner eine besondere Diligenz bei ihrer Ausführung. Auch hier entspringen aus der persönlichen Verbundenheit der Vertragspartner erhöhte Pflichten. Treu und Glauben spielen bei Vertrauensverhältnissen die entscheidende Rolle und müssen in erhöhtem Maße Berücksichtigung finden.

---

[98]) Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 119, S. 9 ff.

e) Dauerschuldverhältnis auf Vertrauensbasis als Oberbegriff für Gesellschaft und „gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse".

Unser Ziel war, zwischen Gesellschaft und dem, was das Reichsgericht „gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse" nennt, einen gemeinsamen Oberbegriff zu finden. Der Begriff „Dauerschuldverhältnis" allein genügte uns nicht, weil er lediglich nach Zeitdauer charakterisiert. Mit dem Vertrauensgeschäft glauben wir ein tiefer greifendes Wesensmerkmal gefunden zu haben. Und aus der Verbindung von Dauerschuldverhältnis und Vertrauensgeschäft ergibt sich als der gesuchte Oberbegriff: das Dauerschuldverhältnis auf Vertrauensbasis. Hierin aber ist gleichzeitig auch das Moment der Interessenverknüpfung enthalten, soweit es für unsere Untersuchung von Bedeutung erscheint. Denn jedes Vertrauensgeschäft, insbesondere jedes Dauerschuldverhältnis auf Vertrauensbasis enthält eine Interessenverknüpfung; bildet doch gerade die Vertrauensbasis die Grundlage dafür, daß der Vertrauensgeber dem Vertrauensempfänger seine Interessen „anvertraut".

f) Die aus ihm zu entwickelnden Grundsätze.

aa) Im Hinblick auf fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde.

Wir haben im Laufe unserer Untersuchung gezeigt, daß das Reichsgericht den Begriff des gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses in erster Linie verwendet, um für eine analoge Anwendung des § 723 BGB., soweit er eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde zum Gegenstand hat, eine Brücke zu bauen. Übertragen wir diese Bestrebung nunmehr auf den gefundenen Oberbegriff, so können wir sagen: Bei Dauerschuldverhältnissen auf Vertrauensbasis gilt der Satz, daß sie beim Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit fristlos gekündigt werden können. Und ergänzend können wir hinzufügen: Als ein wichtiger Grund ist insbesondere eine Erschütterung des Vertrauens anzusehen.

bb) Im Hinblick auf erhöhte Berücksichtigung von Treu und Glauben.

Aus dem Begriff des Dauerschuldverhältnisses auf Vertrauensbasis können wir aber zugleich noch einen weiteren Gedanken entwickeln. Dem Reichsgericht war es bei der Verwendung des Begriffs der „Gesellschaftsähnlichkeit" neben der analogen Anwendung des § 723 BGB., wie wir gezeigt haben, teilweise auch darum zu tun, eine erhöhte Berücksichtigung von Treu und Glauben zu rechtfertigen, wie sie bei der Gesellschaft angebracht sei. Wenn wir auch erkannt haben, daß in den einschlägigen Entscheidungen dieselben Ergebnisse ebensogut aus §§ 157, 242 BGB. gewonnen werden konnten, ohne daß es einer Bezugnahme auf die „Gesellschaftsähnlichkeit" bedurft hätte, so mag es dennoch angebracht sein, den Begriff des Dauerschuldverhältnisses auf Vertrauensbasis auch in dieser Beziehung auszuwerten, um der reichsgerichtlichen Rechtsprechung damit in allen Punkten gerecht zu werden. Wir sagen daher: Dauerschuldverhältnisse auf Vertrauensbasis

sind — dem Wesen des Vertrauens gemäß — unter besonderer Berücksichtigung von Treu und Glauben zu ordnen und abzuwickeln.

Dieser Grundsatz deckt im Falle „Schriftsteller und Verleger“ [99]) den Anspruch des Autors auf Gewinnermittlung lediglich unter Zugrundelegung der tatsächlichen Unkosten des Verlags, denn gerade auf eine solche Handhabung hatte der Autor „vertraut“, als er auf Einsicht in die Geschäftsbücher verzichtete. Dieser Grundsatz deckt weiterhin im Falle „Prinzipal und Angestellter“ [100]) den Anspruch des Angestellten auf Rechnungslegung durch den Prinzipal, weil er auf eine loyale Abwicklung der Berechnung der Lizenzgebühr durch ihn „vertraut“ hatte, wobei die Regel, „Rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten oder solche, die zugleich eigene und fremde sind, besorgt“, noch besonderer Erwähnung bedarf. Und endlich deckt dieser Grundsatz auch im Falle „Ausstellungsunternehmen und Gastwirt“ [101]) den Anspruch des Gastwirts auf Minderung der Platzmiete, weil auch er bei Vertragsschluß die weitgehenden Verpflichtungen nur im Vertrauen darauf übernommen hat, daß ihm ein unbeeinträchtigt funktionierender Ausstellungsbetrieb zur Verfügung gestellt würde.

g) Entbehrlichkeit des Begriffs „gesellschaftsähnliche Vertragsverhältnisse“.

Damit aber kommen wir wieder einen Schritt weiter, denn nunmehr können wir fragen: Wenn zwischen Gesellschaft und dem, was das Reichsgericht als „gesellschaftsähnlich“ bezeichnet hat, ein gemeinsamer Oberbegriff — das Dauerschuldverhältnis auf Vertrauensbasis — gefunden ist, der uns all das bietet, was das Reichsgericht mit seiner Konstruktion zu erreichen sucht, bedarf es dann überhaupt des Begriffs einer „Gesellschaftsähnlichkeit“? Unsere Untersuchungen haben ergeben, daß diese Frage verneint werden kann. Der Begriff des „gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnisses“, von dem wir zuerst erkannt haben, daß er dogmatisch bedenklich ist, entbehrt auch als Hilfskonstruktion der Rechtsprechung in dem Moment der Notwendigkeit, in dem er durch einen systematisch einwandfreien und praktisch brauchbaren Oberbegriff ersetzt wird. Der Begriff „gesellschaftsähnliche Vertragsverhältnisse“ ist daher entbehrlich.

h) Echte Gesellschaftsverhältnisse unter den vom Reichsgericht als gesellschaftsähnlich bezeichneten Fällen.

Andererseits darf jedoch folgendes nicht übersehen werden. Es gibt unter den vom Reichsgericht als (nur) gesellschaftsähnlich bezeichneten Fällen auch solche, die in Wirklichkeit als echte Gesellschaften anzusprechen sind. Es sind dies einmal jene Kartellfälle, bei denen sich Gewerbetreibende ohne besondere rechtliche Organisation und ohne Schaffung eines Gesellschaftsvermögens zur Einhaltung von Mindestpreisen zusammenschließen [102]). Es sind dies ferner

---

[99]) unser Beispiel Nr. 1.

[100]) unser Beispiel Nr. 3.

[101]) unser Beispiel Nr. 5.

[102]) RG. 53, 19; Recht 1912 Nr. 2655; 1913 Nr. 2286. So auch Callmann, Das deutsche Kartellrecht, Anm. 13 zu § 1 KVO.; ebenso Strauß a. a. O., S. 356 ff.

Fälle, bei denen mehrere Gelehrte oder Schriftsteller mit einem Verlag einen sogen. Herausgebervertrag abschließen, um in gemeinsamer Arbeit und in ständigem Zusammenwirken eine Zeitschrift oder ein Sammelwerk herauszugeben[103]). Die Beitragsleistungen des Verlags sind dabei: Herstellung, Vertrieb und Verwaltung, die der Herausgeber: Auswahl der aufzunehmenden Abhandlungen, Verhandlungen mit den Verfassern, Nachprüfung der Korrekturen usw. Und es sind schließlich Fälle, bei denen es sich um die Ausbeutung einer Erfindung handelt, sei es auf Grund eines Patentverkaufs, sei es auf Grund eines Lizenzvertrags, und bei denen unter rückhaltloser persönlicher Zusammenarbeit eine weitgehende gemeinsame Zweckförderung zutage tritt, indem z. B. Konstruktionszeichnungen ausgetauscht, Verbesserungen gegenseitig mitgeteilt, weitere Patente überlassen werden, und wobei ferner die Erfindung auf gemeinschaftliche Rechnung ausgenutzt wird und Aufträge, die der eine nicht ausführen kann oder will, dem andern anheimfallen [104]).

Es ist nicht einzusehen, weshalb man diese Vertragsverhältnisse nur als „gesellschaftsähnlich" und nicht als echte Gesellschaften bezeichnen soll. Gesellschaftsvermögen, Vertretung nach außen und Gesamthandgemeinschaft, dies alles sind keine notwendigen Erfordernisse für die Annahme einer Gesellschaft. Auch daß die Beteiligten sich nicht als Gesellschafter bezeichnen, ist nicht maßgebend. Die beiden konstitutiven Mindesterfordernisse eines echten Gesellschaftsvertrags, die Gemeinsamkeit des Zwecks und das rechtlich festgelegte Zusammenwirken zu seiner Erreichung, sind bei diesen Fällen in einwandfreier Weise gegeben. Wir stehen daher nicht an, sie als echte Gesellschaften zu betrachten. Soweit daher das Reichsgericht auch diese oder verwandte Vertragsverhältnisse „gesellschaftsähnlich" nennt, wird die von uns entwickelte Ansicht, daß der Begriff der Gesellschaftsähnlichkeit abzulehnen ist, nicht durchbrochen, sondern nur bestätigt.

VII. Die vom Reichsgericht zur analogen Anwendung des § 723 BGB entwickelten allgemeinen Gesichtspunkte.

Neben der Einführung des Begriffs der Gesellschaftsähnlichkeit hat das Reichsgericht allerdings auch allgemeinere Gesichtspunkte für die analoge Anwendung der Vorschriften über die fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde entwickelt. Infolgedessen lassen zahlreiche Urteile die Frage der Gesellschaftsähnlichkeit unentschieden und stützen die Entscheidung auf allgemeinere Gedankengänge[105]). Indessen ermangeln die dabei zum Ausdruck gebrachten Grundsätze einer gewissen Einheitlichkeit, was wohl darauf zurückgeführt werden

---

[103]) RG. 115, 358 = JW. 1927, 1581 = LZ. 1927, 738.
[104]) RG. 126, 65; JW. 1929, 645 Nr. 10; Pietzcker, Patentgesetz Anm. 13, 23 zu § 6 Pat.G.
[105]) RG. 95, 166; LZ. 1920, 893 Nr. 7; RG. 78, 421 u. a.

kann, daß auch die Tatbestände, die den jeweiligen Entscheidungen zugrunde lagen, uneinheitlich gelagert waren, wie wir dies im Verlauf unserer Untersuchung[106]) gezeigt haben.

In manchen Entscheidungen wird nur auf ein Dauerleistungsverhältnis Bezug genommen[107]), in anderen auf Dauerschuldverhältnis und Interessenverknüpfung[108]), dann wieder auf Interessenverknüpfung, Zusammenarbeit und Vertrauensverhältnis[109]), einmal sogar nur auf „ein in die Lebensbetätigung der Beteiligten stark eingreifendes Rechtsverhältnis“ [110]), dann wieder auf die längere Dauer, das persönliche Zusammenwirken und das gute Einvernehmen[111]), und schließlich in einigen Entscheidungen sowohl auf Dauerverhältnis und Interessenverknüpfung als auch auf Zusammenarbeit, Vertrauensverhältnis und gutes Einvernehmen [112]).

In letzter Zeit sind dann mehr und mehr der langfristige Vertrag und das Vertrauensverhältnis in den Vordergrund der Erwägungen getreten. So heißt es in einer Entscheidung des Reichsgerichts [113]) :

> „Man wendet die für die Kündigung einer Gesellschaft geltenden Vorschriften auch bei langfristigen, auf gegenseitiges Vertrauen begründeten Vertragsverhältnissen entsprechend an, soweit eine Erschütterung des Vertrauensverhältnisses in Betracht kommt“.

Dieser Grundsatz des Reichsgerichts entspricht den Ergebnissen unserer Untersuchung insoweit, als darin für die analoge Anwendung des § 723 BGB. allein auf Dauerschuldverhältnis und Vertrauensbasis abgestellt wird. Dagegen wird der Begriff der „Gesellschaftsähnlichkeit“ vom Reichsgericht nicht fallen gelassen, sondern n e b e n der Anwendung allgemeiner Grundsätze, wenn auch an untergeordneter Stelle, weiterhin aufrecht erhalten, was wir, wie unsere Ausführungen ergeben haben, aus systematischen Bedenken heraus ablehnen zu müssen glauben.

VIII. Das Ergebnis.

1. Die Lücke im allgemeinen Teil des Schuldrechts.

Nach unserer Ansicht bestehen hier in doppelter Hinsicht Lücken im Gesetz. Einmal besteht eine Lücke im allgemeinen Teil des Schuldrechts. Die Regel, daß Dauerschuldverhältnisse auf Vertrauensbasis bei Vorliegen eines wichtigen

---

[106]) Siehe oben unter III (S. 14 ff.)
[107]) RG. 79, 160; 128, 16.
[108]) JW. 1925, 945 Nr. 15; Jur. Rdsch. 1927 Nr. 1519; Recht 1927 Nr. 1649.
[109]) LZ. 1920, 893 Nr. 7.
[110]) RG. 130, 378.
[111]) RG. 94, 235.
[112]) JW. 1919, 309 Nr. 10; LZ. 1908, 534; RG. 78, 385.
[113]) Mark. u. Wettb. XXXIII, 311; ähnlich in RG. 140, 264; Mark. Mark. u. Wettb. XXXIII, 38; XXXII, 466; LZ. 1933, 116 Nr. 6 u. a.

Grundes jederzeit fristlos gekündigt werden können, hat keinen allgemeinen Ausdruck im Gesetz erfahren. Daß sie der Absicht des Gesetzgebers und dem Geiste unseres Schuldrechts insbesondere entspricht, geht aus den zahlreichen Einzelbestimmungen hervor, die sich mit der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde befassen und sie für die jeweils geregelten Einzelfälle in unabdingbarer Weise anordnen. Der wichtige Grund, von dem das Reichsgericht sagt, daß er auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse von Fall zu Fall zu beurteilen sei[114]), ist dabei nichts anderes als die Nichtzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung, insbesondere wegen Erschütterung des Vertrauens.

2. Die Lücken im besonderen Teil des Schuldrechts.

Und zweitens bestehen Lücken im besonderen Teil des Schuldrechts insofern, als nahezu sämtliche Fälle, die das Reichsgericht als „gesellschaftsähnlich" bezeichnet hat, im Gesetze überhaupt nicht geregelt sind. Das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs kennt ebensowenig wie das gemeine Recht ein geschlossenes System von Schuldvertragstypen[115]). Dies folgt schon aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, wie er in unserer Rechtsordnung für Schuldverträge anerkannt ist. Im Verkehr entwickeln sich daher immer Vertragsformen, die nicht unmittelbar in die im Gesetze vorgesehenen Vertragstypen einzuordnen sind, sogen. atypische oder unbenannte Verträge (Innominatkontrakte, wie sie im gemeinen Recht bezeichnet wurden). Mögen auch, um die Normen zu ihrer rechtlichen Würdigung zu ermitteln, geeignete Tatbestände, die eine gesetzliche Regelung g e f u n d e n haben, vergleichsweise herangezogen werden können, so ist doch dabei die begriffsmäßige Bezeichnung der „Ähnlichkeit" nur mit äußerster Vorsicht zu gebrauchen.

3. Anerkennung der vom Reichsgericht verfolgten Ziele.

Im Verlaufe unserer Untersuchung haben wir nachgewiesen, daß eine befriedigende Begriffsbildung der „Gesellschaftsähnlichkeit" nicht gefunden werden kann. Denn die Gesellschaft, die Zweckeinheit, die Sozietät oder wie wir sie auch nennen mögen, ist etwas so Einmaliges, Typisches, Charakteristisches, daß Abwandlungen, Zwischenformen zwar in Erscheinung treten, daß diese aber nicht die Bezeichnung der „Gesellschaftsähnlichkeit" rechtfertigen.

Und weiterhin haben wir erkannt, daß der Begriff des „gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses" auch der praktischen Notwendigkeit für die Rechtsprechung entbehrt. Mit dem Grundsatz, daß Dauerschuldverhältnisse auf Vertrauensbasis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit fristlos gekündigt werden können, wobei als wichtiger Grund insbesondere eine Erschütterung des Vertrauens anzusehen ist, und mit dem weiteren Grundsatze,

---

[114]) JW. 1906, 813 Nr. 9; 1919, 309 Nr. 10.
[115]) Staudinger, Einl. zu Bd. II, 2 S. 4 h.

daß Dauerschuldverhältnisse auf Vertrauensbasis — dem Wesen des Vertrauens gemäß — unter besonderer Berücksichtigung von Treu und Glauben zu ordnen und abzuwickeln sind, verliert der Begriff eines „gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses“ seine Notwendigkeit. Die vom Reichsgericht so bezeichneten Vertragsverhältnisse sind, soweit sie nicht echte Gesellschaften darstellen, im Gesetz nicht geregelt, sind „unbenannte Verträge nach dem BGB.“, wie das Reichsgericht sie in seinen Registern aufführt, ohne aber die entsprechende Einordnung vorzunehmen.

Daß die vom Reichsgericht verfolgten Bestrebungen als Ausdruck einer gesunden Rechtsprechung zu fruchtbaren Ergebnissen führen, die lediglich in systematischer Hinsicht anders zu begründen sind, soll an dieser Stelle nochmals zum Ausdruck gebracht werden. Die vom Reichsgericht hier eingeschlagenen Wege legen Zeugnis dafür ab, daß die Richter unseres höchsten Gerichtshofes da, wo das Gesetz keine Auskunft gibt, selbst einen Ausweg zu finden suchen, der jedes in Mitleidenschaft gezogene schutzwürdige Interesse zu seinem Rechte kommen läßt, um damit, den Geboten einer tieferen Gerechtigkeit gehorchend, mitzuwirken an der Schaffung eines neuen Rechts.

Verzeichnis des Schrifttums.

A. Kommentare.

Allfeld: Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst. Kommentar zu dem Gesetze vom 19. Juni 1901 2. Aufl., München 1928.
— „ —: Das Verlagsrecht. Kommentar zu dem Gesetz vom 19. Juni 1901 über das Verlagsrecht. 2. Aufl., München 1929.
Callmann: Das deutsche Kartellrecht. Kommentar. — Berlin 1934.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, II. Bd., 1. Hälfte, von Geiler, Mannheim-Berlin-Leipzig, 3. Aufl., 1932. — II. Bd., 2. Hälfte, erläutert von Flechtheim, 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.
Goldbaum: Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, Kommentar. 2. Aufl., Berlin 1927.
Hoffmann: Das Reichsgesetz über das Verlagsrecht mit Erläuterungen, Berlin 1925.
Isay: Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, Systematisch erläutert, 4. Aufl., Berlin 1926.
Luther: Patentgesetz, 9. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1929.
Pietzcker: Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutz, Kommentar, Berlin und Leipzig 1929.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Strohal, II. Bd., 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (besonderer Teil), 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1928.
Reichsgerichtsräte: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 7. Aufl., Berlin u. Leipzig 1929.
Seligsohn: Patentgesetz und Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern. 7. Aufl., Berlin und Leipzig 1932.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl., Stuttgart 1929.
v Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. I. Bd., Allgemeiner Teil, erläutert von Löwenfeld und Riezler, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1925. II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, erläutert von Werner, 9. Auflage, München-Berlin-Leipzig 1930, 3. Teil, erl. v. Kober, Engelmann und Geiler, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1929.
Warneyer: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Leipzig 1933.
— „ —: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1923.

B. Lehrbücher und Sammelwerke.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 2. Abteilung, 7. und 8. Aufl., Jena 1924.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, II. Bd., 2. Abteilung, 3. Aufl., Halle a. S., 1906.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., 8. Aufl., Berlin 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung von Nipperdey, Marburg 1931, — Bd. II, Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, von Lehmann, Marburg 1932.
Gierke, Jul., v.: Handelsrecht, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1933.
Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
Jung: Bürgerliches Recht, in: Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung, hrsg. v. Stammler, Berlin 1931.
Kisch: Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim-Berlin-Leipzig 1923.
Kohler: Bürgerliches Recht. Enzyklopädie der Rechtswissenschaften in systematischer Bearbeitung, begründet von Holtzendorff, hrsg. v. Kohler, 7. Aufl., Berlin 1914.
— „ —: Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Leipzig 1929.
— „ —: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Teil, Berlin 1906.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag. Bd. I und II. Leipzig 1902.
Siber: Schuldrecht, Leipzig 1931.
Stier-Somlo u. Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Berlin und Leipzig 1926.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts, München und Leipzig 1918.
Wieland: Handelsrecht, Bd. I, München und Leipzig 1921.

C. Einzelschriften und Zeitschriftenaufsätze.

Beyerle, Franz: Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, Weimar 1932.
Blaß: Die Begründung des Verlagsrechts, Leipziger Diss., 1909.
de Boor: Urheberrecht und Verlagsrecht, Ein Beitrag zur Theorie der ausschließlichen Rechte, Stuttgart 1907.
Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, Freiburg i. Br., 1907.
v. Dadelsen: Der Verlagsvertrag mit Gewinnbeteiligung, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 40, S. 357 ff.
Dienstag-Elster: Handbuch des deutschen Theater-, Film-, Musik- und Artistenrechts, Berlin 1932.
Eger: Das Reichsgericht und die Kartelle, in: „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, IV. Bd., Berlin und Leipzig 1929.
Elster: Gewerblicher Rechtsschutz, in „Grundriß der Rechtswissenschaft", Berlin und Leipzig 1921.

Eister: über gesellschaftliche Verhältnisse, Juristische Wochenschrift 1915, S. 257 ff.
Gierke, Otto v.: Dauernde Schuldverhältnisse, Iher. Jahrb. Bd. 64, S. 355 ff.
— „ —: Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht. Arch. für Bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 114 ff.
Hoeniger: Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, Mannheim und Leipzig 1910.
Ihering: Der Zweck im Recht, 2. Aufl., Leipzig 1884.
Josef: Die Verbindung von Rechtsanwälten zur Ausübung des Berufs unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 44, S. 413 ff.
— „ —: Die Vereinigung von Ärzten zur Berufsausübung als bloße Verbindung (Innengesellschaft), als Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts und als offene Handelsgesellschaft. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 48, S. 263 ff.
— „ —: Gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse, Holdheims Monatsschrift Bd. 26, S. 97 ff. und 154 ff.
Kelber: Die rechtliche Natur des Verlagsvertrages, Erlanger Dissert. 1905.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Rechts, Jena 1901.
Nottarp: Urheber- und Erfinderrecht, in Stammler: Das gesamte Deutsche Recht, Berlin 1930.
Oertmann: Die Geschäftsgrundlage, Leipzig und Erlangen 1921.
Rumpf: Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. 119, S. 1 ff.
Schreiber: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, Iherings Jahrbücher Bd. 60, S. 106 ff.
Silberschmidt: Das „gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis“, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 79, S. 465 ff.
— „ —: Die Gliederung des deutschen Gesellschaftsrechts, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1918, S. 97 ff.
— „ —: Die Zeitdauer als Einteilungsgrund der vertraglichen Schuldverhältnisse, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1916, S. 369 ff.
Strauß: Autonomer Revers und Kartellrevers, Versuch einer Exegese zu den Entscheidungen des Kartellgerichts vom 23./24. November 1932, Kartell-Rundschau 1933, S. 351 ff. und 437 ff.
Tschierschky: Die Bedeutung des Abs. 3 § 1 der Kartell-Notverordnung vom 26. Juni 1930 für den Kartellbegriff und den Bereich der Kartellaufsicht, Kartell-Rundschau 1931, S. 556 ff.

D. Entscheidungssammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Jahrbuch des Deutschen Rechts, begründet von Neumann.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

E. Zeitschriften.

Archiv für Bürgerliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Deutsche Juristenzeitung.
Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Juristische Rundschau.
Juristische Wochenschrift.
Kartell-Rundschau. Monatsschrift für Recht und Wirtschaft im Kartell- und Konzernwesen.
Leipziger Zeitschrift für bürgerliches Recht.
Markenschutz und Wettbewerb, Monatsschrift für Marken-, Patent- und Wettbewerbsrecht.
Mitteilungen des Verbands deutscher Patentanwälte.
Das Recht.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Lebenslauf.

Am 25. Januar 1902 in Frankfurt a. M. als Sohn des Kaufmanns Otto Salomon und seiner Ehefrau Dora, geb. Stern, geboren, besuchte ich seit Ostern 1909 das Realgymnasium Musterschule in Frankfurt a. M. Ich verließ die Schule Ostern 1921 mit dem Zeugnis der Reife und widmete mich sodann dem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Heidelberg, München und Frankfurt a. M. Vom Frühjahr 1924 bis zum Winter 1930 war ich kaufmännisch tätig, zunächst in der väterlichen Weingroßhandlung, später in einem Exportgeschäft der Toiletteartikelbranche. Ende 1930 habe ich mein Studium wieder aufgenommen und mich an der Universität Frankfurt a. M. auf die erste juristische Staatsprüfung vorbereitet, die ich am 16. Dezember 1933 bestanden habe.

Rudolf Salomon.